

Wenn sich eine Gemeinde mit einem Eigenbetrieb am Wettbewerb um das kommunale Wegenetz zur leitungsgebundenen Energieversorgung beteiligt

Vergabestelle personell und organisatorisch trennen

Der Bundesgerichtshof (BGH, EnZR 43/20 vom 12. Oktober 2021) hatte im Rahmen der Vergabe von Strom- und Gasversorgungsnetzen Gelegenheit, über die Geltung des Trennungsgebots bei der Vergabe an einen Eigenbetrieb und damit über die Vermeidung von Interessenkonflikten zu entscheiden. Die Klägerin ist aufgrund von Konzessionen der beklagten Stadt B. GmbH Eigentümerin der Wegenetze für die Strom- und Gasversorgung in deren Gemeindegebiet. Die Konzessionsverträge liefen Ende 2014 aus.

An einem ersten Verfahren zur Neuvergabe der Wegenutzungsverträge beteiligten sich die Klägerin sowie die von der Stadt B. errichteten „Stadtwerke B. GmbH“. Geschäftsführer der Stadtwerke war T., der Kämmerer der Stadt B. Nachdem die Klägerin der Stadt B. die beabsichtigte Konzessionsvergabe an die Stadtwerke mit einer einstweiligen Verfügung untersagen ließ, leitete die Stadt B. ein neues Vergabeverfahren ein.

Der Erste Verfahrensbrief enthielt die Auswahlkriterien, Entwürfe der Konzessionsverträge und eine Beschreibung der Verfahren. Die Schreiben waren von S., dem Büroleiter der Bürgermeisterin der Stadt B., unterzeichnet. Sie enthielten die Aufforderung, erste indikative Angebote an die Stadt an G. zu übermitteln. G. war nach dem Verwaltungsgliederungsplan der Stadt B. der Abteilung Finanzen und Gebäudewirtschaft zugeordnet, die der Kämmerer T. leitete. T. wiederum unterstand nach dem Organigramm der Stadt B. unmittelbar dem Büroleiter S. Im Zweiten Verfahrensbrief änderte die Stadt B. die Bewertungsmethode.

Einstweilige Verfügung

Mit dem Dritten Verfahrensbrief forderte die Stadt B. die Bewerber zur Abgabe rechtsverbindlicher Angebote auf. Bei der Auswertung lag das Angebot der Stadtwerke für das Stromnetz mit 966 Punkten vor dem der Klägerin mit 905 Punkten, beim Gasnetz erhielten die Stadtwerke 973 Punkte und die Klägerin 892 Punkte. Daraufhin beabsichtigte die Stadtvertretung, beide Konzessionen an die Stadtwerke zu vergeben.

Auf Antrag der Klägerin untersagte das Landgericht mit einstweiliger Verfügung der Stadt B. die Umsetzung der Vergabeentscheidung. Das Landgericht hob diese Verfügung auf und wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück. Nachdem die dagegen eingelegte Berufung vom Berufungsgericht zurückge-



Um die Vergabe von Strom- und Gasversorgungsnetzen gab es Streit.

FOTO: BILDERBOX

wiesen wurde, schlossen die Stadt B. und die Stadtwerke die Konzessionsverträge für das Strom- und das Gasnetz der Gemeinde.

Die Klägerin beehrte die Feststellung, dass diese Verträge unwirksam seien. Für den Fall der Unwirksamkeitsfeststellung wegen Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot beantragte die Klägerin, der Stadt B. aufzugeben, ein neues Vergabeverfahren nicht ohne personelle und organisatorische Trennung zwischen der verfahrensleitenden Stelle und den Stadtwerken durchzuführen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der Wegenutzungsvertrag betreffend das Elektrizitätsversorgungsnetz unwirksam ist. Hiergegen richteten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen der Parteien. Die Revision der Klägerin hatte vor dem BGH Erfolg.

Die Klägerin wende sich zu Recht gegen die Abweisung des Antrags auf Feststellung der Nichtigkeit des Wegenutzungsvertrags über das Gasversorgungsnetz gegen die Stadt B., denn der Antrag sei entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts begründet. Ein Wegenutzungsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen sei nach § 134 BGB nichtig, wenn die Konzessionsvergabe den Anforderungen nach § 19 Abs. 2 Nr. 1

GWB und § 46 Abs. 1 EnWG nicht genüge und damit eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vorliege, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden seien. Bei der Vergabeentscheidung müssten die Gemeinden das Diskriminierungsverbot gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG beachten.

Ein Interessenkonflikt

Danach sei es erforderlich, die als Vergabestelle tätige Einheit der Gemeindeverwaltung personell und organisatorisch vollständig vom Eigenbetrieb oder der Eigengesellschaft zu trennen, wenn sich eine Gemeinde mit einem Eigenbetrieb oder – wie hier – einer Eigengesellschaft am Wettbewerb um das kommunale Wegenetz zur leitungsgebundenen Energieversorgung beteilige. Damit solle sichergestellt werden, dass die Gemeinde – insbesondere in Fällen, in denen durch eine gleichzeitige Stellung als Vergabestelle und Bieter ein Interessenkonflikt bestehe – gegenüber allen Bewerbern um das Wegenutzungsrecht die gebotene Neutralität wahre und zudem die gebotene diskriminierungsfreie Vergabeentscheidung gewährleistet sei.

Die Trennung könne erfolgen, indem die Gemeinde die Vergabe-

stelle einer personell und organisatorisch vollständig vom Eigenbetrieb oder der Eigengesellschaft getrennten Einheit der Gemeindeverwaltung zuweise. Eine solche vollständige Trennung erfordere eine Organisationsstruktur, die sicherstelle, dass ein Informationsaustausch zwischen den für die Vergabestelle und den für den Eigenbetrieb oder die Eigengesellschaft handelnden Personen nur innerhalb des hierfür vorgesehenen Vergabeverfahrens für das Wegerecht erfolge. Es bedürfe strukturelle Maßnahmen, durch die – nach dem äußeren Erscheinungsbild – die Bevorzugung des Eigenbetriebs oder der Eigengesellschaft und damit der „böse Schein“ mangelnder Objektivität der Vergabestelle vermieden werde. Bestehe bei einer fehlenden formalen Trennung in dem Verfahren, insbesondere bei der Bestimmung und Ausgestaltung der Vergabekriterien, die Möglichkeit, dass die Bewerbung des Eigenbetriebs durch die Vergabestelle bevorzugt werde, benachteilige dies bereits die übrigen Bewerber. Der Nachweis einer konkreten Doppelbefassung von Mitarbeitern des Eigenbetriebs oder der Vergabestelle sei dafür nicht erforderlich. Ein solcher Nachweis sei wegen der fehlenden formalen Trennung und dem dadurch generell eröffneten, intransparenten Informationsaustausch regelmäßig nicht möglich.

Für einen Verstoß gegen das Trennungsgebot genüge deshalb die strukturelle Beeinträchtigung des Wettbewerbs um das Wegenetz, die sich daraus ergebe, dass in der personellen Aufgabenverteilung Interessenkonflikte angelegt seien, die die Neutralität der Vergabestelle gefährden könnten. Es müsse durch eine geeignete Organisationsstruktur ausgeschlossen werden, dass Mitarbeiter in Loyalitäts- und Interessenkonflikte geraten und zum „Diener zweier Herren“ werden. Es sei demgegenüber unerheblich, dass insbesondere in kleineren Gemeinden wie hier niemals auszuschließen sei, dass vielfältige berufliche und persönliche Beziehungen bestehen könnten.

Der Verstoß gegen das Trennungsgebot hindere Mitbewerber bereits dann unbillig, wenn nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden könne, dass sich dieser auf das Vergabeverfahren und die sich daraus ergebende Rangfolge der Bieter ausgewirkt hätte, wenn also nicht feststehe, dass sich auch ohne den Verfahrensfehler dieselbe Rangfolge ergeben hätte.

Vorliegend fehle es an der gebotenen vollständigen organisatorischen und personellen Trennung zwischen den Stadtwerken und der Vergabestelle. In der Aufgabenverteilung seien Interessenkonflikte angelegt, die aus Sicht der Bewerber objektiv die Befürchtung rechtfertigten, dass die gebotene Neutralität der Vergabestelle nicht bestanden habe.

Vollständige Trennung

Eine vollständige Trennung sei bereits auf Leitungsebene von verfahrensleitender Stelle und Stadtwerken nicht gewährleistet. Die Leitung des Vergabeverfahrens habe S., dem Büroleiter der Bürgermeisterin der Stadt B., obliegen. Verfahrensleitende Stelle sei die Finanz- und Liegenschaftsabteilung gewesen. Nach dem Organigramm der Stadt B. habe T., der Kämmerer der Gemeinde und Geschäftsführer der beklagten Stadtwerke, unmittelbar dem S. unterstanden.

Regelungen, um einen Wissenstransfer zwischen den Stadtwerken in Person von T. und der Vergabestelle in Person von S. sowie einen Interessenkonflikt zu verhindern, lägen nicht vor. Dass T. an den Sitzungen der Stadtvertretung oder ihrer Ausschüsse, in denen über das Auswahlverfahren gesprochen worden sei, nicht teilgenommen habe, könne die gebotene personelle und organisatorische Trennung nicht begründen.

An einer vollständigen Trennung zwischen Eigengesellschaft

und Vergabestelle fehle es auch deshalb, weil G. einerseits aufseiten der Vergabestelle am Verfahren zur Vergabe der Wegerechte mitgewirkt habe, andererseits der Abteilung Finanzen und Gebäudewirtschaft zugeordnet gewesen sei, deren Leiter T. gleichzeitig Geschäftsführer der beklagten Stadtwerke gewesen sei.

G. sei sowohl S. als auch T. zugeordnet gewesen. Die Angebote in den Vergabeverfahren hätten zu Händen von G. übermittelt werden sollen. Dass G. weder mit Leitungsaufgaben betraut noch zu Letztentscheidungen befugt gewesen sei, sei ebenso unerheblich wie die Vorgänge, dass sie Vorgänge, die das Verfahren zur Vergabe der Wegerechte betrafen, „von Hand zu Hand“ an S. habe übermitteln müssen und ihm weisungsmäßig und disziplinarisch unterstellt gewesen sei. Maßgeblich sei vielmehr, dass G. einerseits mit Tätigkeiten der Vergabestelle betraut und nach dem äußeren Erscheinungsbild damit zu rechnen gewesen sei, dass sie Zugang zu Informationen gehabt habe, die das Vergabeverfahren betreffen, andererseits in Bezug auf einen anderen Aufgabenbereich aber T. unterstanden habe, dem Geschäftsführer der sich um die Konzessionen bewerbenden Stadtwerke. Dies verstoße gegen das Gebot der vollständigen personellen und organisatorischen Trennung. Mit dieser Zusammenarbeit sei ein Interessenkonflikt bei G. angelegt und es bestehe die Gefahr eines Wissenstransfers zwischen G., S. und T.

Sei das Trennungsgebot verletzt, sei der Nachweis einer konkreten Doppelbefassung nicht erforderlich. Der Verstoß gegen das Trennungsgebot führe bereits dann zu einer unbilligen Behinderung von Mitbewerbern, wenn nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden könne, dass er sich auf das Vergabeverfahren und die sich daraus ergebende Rangfolge der Bieter ausgewirkt haben könne.

Die Revision der Klägerin rüge erfolgreich, dass das Berufungsgericht die Stadt B. nicht zur Neudurchführung der Vergabeverfahren für das Gas- und das Elektrizitätsversorgungsnetz verpflichtet habe. Bei einem wie vorliegend gewichtigen Verstoß gegen das Trennungsgebot sei grundsätzlich die vollständige Aufhebung des Vergabeverfahrens erforderlich, um die Einhaltung der Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz so gut wie möglich zu gewährleisten. Der festgestellte Verstoß gegen das Neutralitätsgebot habe sich auf alle Verfahrensabschnitte bezogen, sodass insbesondere eine Teilwiederholung des Verfahrens nicht in Betracht komme. > FV

Ausschreibungen für Bayern

Auftrag **online** finden:
Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter

www.bsz.de/business

Webbasiert inkl.
GAEB online

Aktuelle
Ausschreibungen
warten auf Ihren Abruf