

Newsletter

Inhalt

| | |
|--|----------|
| BGH lehnt Privilegierung von Altkonzessionären im Rechtsschutz um Konzessionen ab | 2 |
| OLG Düsseldorf lässt Inhouse-Vergabe für Stadtwerke mit Energieversorgungsleistungen zu | 3 |
| Fernwärme-Streit: BGH weist Klage ab | 3 |
| Ihre Ansprechpartner | 5 |
| Bestellung und Abbestellung | 5 |

BGH lehnt Privilegierung von Altkonzessionären im Rechtsschutz um Konzessionen ab

Der BGH hat in seinem Urteil vom 28. Januar 2020 (Az. EnZR 116/18) entschieden, dass der Altkonzessionär in Bezug auf die Rügeobliegenheit gegenüber anderen unterlegenen Bietern nicht privilegiert ist. Die Unwägbarkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes betreffen alle unterlegenen Bieter gleichermaßen. Daneben legt der BGH hohe Anforderungen an die Rügeobliegenheit fest – sowohl für die alte als auch für die neue Rechtslage.

Hintergrund der Entscheidung war eine Klage des Neukonzessionärs gegen den Altkonzessionär auf Herausgabe von Stromversorgungsanlagen. Im Verfahren berief sich der Altkonzessionär darauf, dass der neu abgeschlossene Konzessionsvertrag aufgrund einer fehlerhaften Bewertung nichtig sei. Der Altkonzessionär hatte bereits im Konzessionsverfahren Zweifel an der ausreichenden Berücksichtigung zweier Kriterien geäußert und sich anschließend an die Landeskartellbehörde gewandt. Den Rechtsschutz vor Gericht hatte er aber nicht wahrgenommen.

Nach altem Konzessionsrecht gab es keine Rügeobliegenheit mit Präkklusion. Erst im Jahr 2017 wurde § 47 EnWG eingeführt, der von den Beteiligten eines Konzessionsverfahrens verlangt, bestimmte Rechtsverletzungen innerhalb einer Frist zu rügen, wenn diese erkennbar waren. Mit seinem Urteil stellt der BGH klar, dass die Norm nicht zwischen Altkonzessionär und anderen unterlegenen Bietern unterscheidet und die gleichen Erwägungen auch für Sachverhalte gelten, die zeitlich vor Einführung der Norm liegen.

Das Gericht betonte aber auch die Notwendigkeit der Erkennbarkeit eines Mangels: Im Hinblick auf die Rechtssicherheit und Verfahrensbeschleunigung setze eine Rügepräklusion voraus, dass ein in seinen Rechten verletzter unterlegener Bieter hinreichend erkennen konnte, worauf es der Gemeinde bei der Konzessionsvergabe ankam und warum sie einem anderen Bieter den Vorzug gegeben hat. Diesem Gedanken entspreche § 47 Abs. 2 EnWG, aber auch im alten Recht gelte soweit nichts anderes.

Mit dieser Rechtsprechung widerspricht der BGH gleichzeitig einem Urteil des OLG Karlsruhe: Letzteres hielt ein nachträgliches Berufen des Altkonzessionärs auf einen Verfahrensfehler für zulässig, obwohl dieser vor Abschluss des Konzessionsvertrages keinen Rechtsschutz in Anspruch genommen hatte (Urt. v. 26. März 2014, Az. 6 U 68/13 (Kart)).

Weiterhin stellte der BGH klar, dass derjenige, der sich auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages beruft, grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast trage. Insbesondere müsse die zumindest Möglichkeit dargelegt werden, dass sich der gerügte Verfahrensfehler auf das Ergebnis der Konzessionsvergabe ausgewirkt habe.

Mit seiner Entscheidung hebt der BGH das Urteil der Vorinstanz (OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.10.2018, Az. 11 U 62/17) auf und verweist es zur erneuten Entscheidung zurück.

Für Fragen zum Thema der Konzessionsvergabe stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Björn Jacob, Rechtsanwalt, Tel.: +49 211 981 - 7259

E-Mail: bjoern.jacob@pwc.com

OLG Düsseldorf lässt Inhouse-Vergabe für Stadtwerke mit Energieversorgungsleistungen zu

Das OLG Düsseldorf hat im Rahmen seines Beschlusses vom 19. Februar 2020 (Az. VII-Verg 2/19) entschieden, dass die Energieversorgung im Stadtgebiet für Privatkunden nicht als schädlicher Drittumsatz einzustufen ist. Damit könnten Stadtwerke zukünftig von einer Inhouse-Vergabe profitieren.

Hintergrund der Entscheidung war eine Inhouse-Vergabe für Leistungen im öffentlichen Personalverkehr an ein Unternehmen mit Verkehrs- und Energiesparte. Das Gericht musste beurteilen, ob ausnahmsweise die Vorschriften zum Vergabeverfahren nach dem GWB nicht anzuwenden waren und prüfte die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe. Dafür muss – unter anderem – das Wesentlichkeitskriterium erfüllt sein. Das liegt vor, wenn mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde. Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten zog das Gericht nach § 108 Abs. 7 GWB den durchschnittlichen Gesamtumsatz während der letzten drei Jahre vor Vergabe des in Rede stehenden Auftrags heran. Dabei bezog es sich nicht nur auf die Leistungen im öffentlichen Personalverkehr, sondern auch auf die Energieversorgung im Stadtgebiet. Dies ist neu: Bislang wurde davon ausgegangen, dass die geforderten 80% der Umsätze mit dem Auftraggeber – in diesem Fall also die Verkehrsleistungen – erwirtschaftet werden müssen. Bei Stadtwerken, die nicht nur Verkehrsleistungen, sondern auch Energieversorgung für Privatkunden anbieten, wird oft der Hauptumsatz durch die Energieversorgung gewährleistet, sodass die 80%-Schwelle nicht erreicht wird. Durch den Beschluss des OLG, die Energieversorgung nicht als Drittumsatz einzustufen, könnte sich dies in Zukunft ändern.

Sollten Sie Fragen zur Inhouse-Vergabe haben, sprechen Sie uns gern an.

Björn Jacob, Rechtsanwalt, Tel.: +49 211 981 - 7259
E-Mail: bjoern.jacob@pwc.com

Fernwärme-Streit: BGH weist Klage ab

Der BGH hat eine Klage des Verbraucherzentrale Bundesverbands (VZBV) gegen die beiden Unternehmen Energieversorgung Offenbach (EVO) und Energieversorgung Dietzenbach (EVD) abgewiesen und damit die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. aus März 2019 aufgehoben.

Sowohl EVO als auch EVD hatten 2015 ihre Kunden über eine öffentliche Bekanntmachung informiert, dass sie ein neues Fernwärme-Preissystem einführen. Daraufhin reichte der VZBV stellvertretend für die Kunden Klage vor dem Landgericht Darmstadt ein. Das OLG Frankfurt a.M. hatte sodann in nächster Instanz im März 2019 entschieden, Fernwärmeunternehmen seien nicht befugt, eine Änderung von Verträgen und hier insbesondere von Preisen allein per öffentlicher Bekanntmachung vorzunehmen.

Nunmehr hat der BHG in seiner Sitzung am 23. April 2020 das Urteil des OLG Frankfurt a.M. aufgehoben und entschieden, dass der VZBV das Informationsschreiben an die Kunden nicht als unzutreffend angreifen durfte. Vielmehr handele es sich bei den Anschreiben um die „ohne weiteres zulässige Äußerung einer Rechtsauffassung“. In Bezug auf die inhaltliche Reichweite des Urteils und dessen Auswirkungen sind jedoch zunächst die Entscheidungsgründe abzuwarten. Es heißt, der BHG habe über die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit von einseitigen Preisänderungen bei Fernwärmeverträgen inhaltlich gar nicht entschieden, sondern lediglich über die vorgelagerte Frage, ob die Aussage in dem konkreten Schreiben für die Kunden irreführend oder als bloße Rechtsansicht erkennbar war, geurteilt.

Das Urteil dürfte auch die Diskussionen um eine Reform der 40 Jahre alten AVBFernwärmeV weiter beleben; eine umfassende Novellierung wird zunehmend wahrscheinlich.

Über die konkreten Inhalte des Urteils werden wir Sie informieren, sobald uns die Entscheidungsgründe vorliegen. Sofern Sie zwischenzeitlich weitergehende Fragen haben, sprechen Sie uns gerne jederzeit an!

Christian Teßmann, Rechtsanwalt, Tel.: +49 211 981 - 4748
E-Mail: christian.tessmann@pwc.com

Theresa Stollmann, Rechtsanwältin, Tel.: +49 211 981 - 7871
E-Mail: theresa.stollmann@pwc.com

Ihr Ansprechpartner

RA Peter Mussaeus
Düsseldorf
Tel.: +49 211 981 - 4930
peter.mussaeus@pwc.com

RA Michael Küper
Düsseldorf
Tel.: +49 211 981 – 5396
michael.kueper@pwc.com

Bestellung und Abbestellung

Wenn Sie den PDF-Newsletter *Legal News Energierecht* bestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile “Bestellung” an:
SUBSCRIBE_News_Energierecht@de.pwc.com.

Wenn Sie den PDF-Newsletter *Legal News Energierecht* abbestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile “Abbestellung” an:
UNSUBSCRIBE_News_Energierecht@de.pwc.com.

Die Beiträge sind als Hinweise für unsere Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Teile dieser Veröffentlichung/Information dürfen nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung durch den Herausgeber nachgedruckt und vervielfältigt werden. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© April 2020 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft. Alle Rechte vorbehalten. „PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.

Datenschutz: Hinweise zur Datenverarbeitung bei PwC Legal AG finden Sie unter [Datenschutzhinweise PwC Legal](#)