

51 O 38/15



Verkündet am 17.09.2015

Klemund, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Landgericht Potsdam

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Verfahren

– Antragstellerin zu 1. –

- Prozessbevollmächtigte:



– Antragstellerin zu 2. –

- Prozessbevollmächtigte:



gegen

– Antragsgegnerin –

- Prozessbevollmächtigte:

- Nebenintervenientin -

- Prozessbevollmächtigte:



hat die 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Potsdam
auf die mündliche Verhandlung vom 01.09.2015
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Steiner

für R e c h t erkannt:

1. Der Antragsgegnerin wird unter Androhung eines vom Gericht für den Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten -- bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache - untersagt, den durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger am 22.Dezember 2014 ausgeschriebenen Gaskonzessionsvertrag für das gesamte Stadtgebiet (einschließlich Ortsteil) mit der , abzuschließen.
2. Die Antragsgegnerin und die Antragstellerin zu 2. tragen je 50 % der Gerichtskosten. Die Antragsgegnerin trägt 50 % der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu 1., Die Antragstellerin zu 2. trägt 50 % der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin und 50 % der außergerichtlichen Kosten der Nebenintervenientin. Die Nebenintervenientin trägt ihre weiteren außergerichtlichen Kosten selbst.

Tatbestand:

Die Antragstellerin zu 1. war bis zum Auslaufen des Konzessionsvertrages am 9.12.2011 Konzessionsinhaberin des Gasversorgungsnetzes in . . . und bis zum Auslaufen des Konzessionsvertrages am 23.1.2012 Konzessionsinhaberin des Gasversorgungsnetzes in . . . Die Antragstellerin zu 1. betreibt, nachdem die Konzessionsverträge ausgelaufen, weiterhin das Gasversorgungsnetz in den genannten Gebieten. Die Antragsgegnerin hat im Jahr 2014 die Vergabe des Gasversorgungsnetzes für das Gemeindegebiet . . .) in das . . . eingemeindet worden war, gemäß § 46 EnWG ausgeschrieben. Sieger dieser Ausschreibung wurde die Nebenintervenientin. Die Antragsgegnerin beabsichtigt mit der Nebenintervenientin einen Konzessionsvertrag abzuschließen. Dies wollen die Antragstellerinnen mit der hier streitgegenständlichen einstweiligen Verfügung verhindern.

Die Antragsgegnerin hatte bereits im Jahr 2009 ein Auswahlverfahren gemäß § 46 EnWG – nachfolgend Konzessionsverfahren I - durchgeführt, um den auslaufenden Gaskonzessionsvertrag für das Gebiet der Stadt . . . zu vergeben. Für dieses Auswahlverfahren bewarben sich die Nebenintervenientin, die Stadtwerke . . . GmbH und die Antragstellerin zu 1. Die Antragsgegnerin wurde in dem Konzessionsverfahren I von Rechtsanwälten aus der Rechtsanwaltskanzlei . . . beraten.

Die Stadtverordnetenversammlung der Antragsgegnerin beschloss im Ergebnis des Konzessionsverfahren I mit der Stadtwerke . . . GmbH (. . .), deren Geschäftsanteile die Antragsgegnerin zu 100% hält, den Gaskonzessionsvertrag abzuschließen, was am 11.11.2010 erfolgte.

Am 21.12.2010 gründeten die . . . und die Nebenintervenientin die „NHG Netzbetrieb . . . GmbH“, wobei beide Gesellschafter je 50 % der Geschäftsanteile dieser Gesellschaft halten. Gegenstand des neu gegründeten Unternehmens ist gemäß § 2 des Gesellschaftsvertrages die Planung, Errichtung, der Betrieb, die Wartung und die Instandhaltung, der Aus- und Rückbau, der Erwerb, die Vermarktung sowie die Nutzung von Netzen und sonstigen Speicherungs- und Verteilungssystemen für Energie (Strom und Gas) sowie

Energieträgern und die Erbringung und Vermarktung von Dienstleistungen auf diesem Gebiet.

§ 11 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages lautet:

Der Gesellschafter Stadtwerke [redacted] GmbH erhält auf seine Geschäftsanteile einen garantierten Gewinnanteil von 135.000,00 Euro jährlich insgesamt aus dem Betrieb beider Netze, im Wirtschaftsjahr 2011 in Höhe 1/5 des festen Gewinnanteils.“

Nachdem im Konzessionsverfahren I die Stadtwerke [redacted] GmbH als neuer Betreiber des Gasversorgungsnetzes von der Antragsgegnerin ausgewählt war, traten die Stadtwerke [redacted] GmbH und die Antragsgegnerin ihre Ansprüche auf Herausgabe des Gasversorgungsnetzes an die NHG Netzbetrieb [redacted] GmbH ab. Die NHG Netzbetrieb [redacted] GmbH erhob sodann im Jahr 2012 Klage vor dem Landgericht Potsdam gegen die Antragstellerin zu 1. auf Herausgabe des Gasversorgungsnetzes – 51 O 144/12 -. In diesem Rechtsstreit wurde die NHG Netzbetrieb [redacted] GmbH von den Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin, der Rechtsanwaltskanzlei [redacted] vertreten. Diese Rechtsanwaltskanzlei hatte zudem im Jahr 2012 Tochterunternehmen der Nebenintervenientin in anderen Konzessionsverfahren vertreten. So die [redacted] GmbH im Konzessionsverfahren der Gemeinde [redacted] und die [redacted] GmbH im Konzessionsverfahren der Gemeinden [redacted] und [redacted]

Nachdem der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 17.12.2013 Kriterien für die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens gemäß § 46 EnWG aufgestellt hatte, wurde die genannte Klage der NHG Netzbetrieb [redacted] GmbH vom Landgericht Potsdam am 15.04.2014 abgewiesen. Die Antragsgegnerin beschloss nun auf Grund der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes erneut ein Verfahren gemäß § 46 EnWG zur Konzessionsvergabe des Gasversorgungsnetzes in [redacted] durchzuführen – nachfolgend als Konzessionsverfahren II bezeichnet - . Bei der Vorbereitung des Konzessionsverfahrens II sowie bei der Auswertung der Angebote zur Bestimmung des Bewerbers, der das günstigste Angebot abgegeben hat,

wurde die Antragsgegnerin durch ihre Prozessbevollmächtigten, nämlich Rechtsanwälten aus der Rechtsanwaltskanzlei, vertreten sowie energiewirtschaftlich durch die „ Consulting AG“ beraten, was den interessierten Bewerbern von der Antragsgegnerin mit dem 1. Verfahrensbrief vom 13.02.2015 auch mitgeteilt wurde. Mit diesem Verfahrensbrief übersandte die Antragsgegnerin der Antragstellerin zu 1. und den anderen interessierten Bewerbern das Muster eines Kriterienkataloges nebst Erläuterungen sowie einen Konzessionsvertragsentwurf.

Abschließend heißt es in dem 1. Verfahrensbrief vom 13.02.2015:

Die Bewerber sind gehalten, die verfahrensleitende Stelle unverzüglich und schriftlich auf Unklarheiten, Lücken oder Widersprüche in diesem Verfahrensbrief oder den beigelegten Unterlagen hinzuweisen und Rügen betreffend das Verfahren oder sonstige vermeintliche Rechtsverstöße unverzüglich in dem laufenden Verfahren geltend zu machen.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den 1. Verfahrensbriefes vom 13.02.2015 Bezug genommen.

Die Antragstellerin, die Nebenintervenientin und die Stadtwerke GmbH beteiligten sich sodann an der Ausschreibung, wobei in dem Angebot der Nebenintervenientin die NHG Netzbetrieb GmbH und die GmbH als beteiligte Nachunternehmer benannt waren. Die Antragstellerin zu 2. hat sich als Nachunternehmerin für die Antragstellerin zu 1. an der Ausschreibung des Gasversorgungsnetzes beteiligt.

Die Antragstellerin zu 1. stellte gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26.02.2015 Fragen zum Auswahlverfahren. Wegen der Einzelheiten wird auf das Schreiben der Antragstellerin zu 1. vom 26.2.2015 Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin zu 1. mit Schreiben vom 02.07.2015 mit, dass beabsichtigt sei, der Nebenintervenientin den Zuschlag zu erteilen, da diese die höchste Punktzahl, nämlich 898 Punkte erhalten habe. Es sei beabsichtigt, den Konzessionsvertrag am 18.07.2015 zu unterzeichnen. Die Antragstellerin zu 1. habe nur 837 Punkte erreicht und belege damit den 3. Platz. Wegen der Einzelheiten des Schreibens vom 02.07.2015 wird auf dieses Bezug genommen.

Die Antragsteller behaupten, die Antragsgegnerin habe bereits am 09.04.2015, also vor Ablauf der Frist für die Abgabe der verbindlichen Angebote entschieden, dass das Gasversorgungsnetz in kommunale Hände kommen solle, denn dies sei in dem integrierten Stadtentwicklungskonzept vom 09.04.2015 mitgeteilt worden, da es dort – unstreitig – heißt: „Die Stadt strebt an, dass die Strom- und Gasversorgungsnetze zukünftig in kommunaler Hand liegen.“

Die Antragsteller meinen, das Schreiben der Antragsgegnerin vom 02.07.2015 sei inhaltlich ungeeignet, die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin nachvollziehbar dazustellen. Dies verstoße gegen das Transparenzgebot.

Die Antragsteller halten das Konzessionsverfahren für rechtswidrig, weil eine Mehrfachbeteiligung der NHG Netzbetriebs GmbH und der Nebenintervenientin im Konzessionsverfahren erfolgt sei, was einen geheimen Wettbewerb nicht gewährleiste. Die NHG Netzbetrieb GmbH sei nämlich bei den Bewerbungen als Nachunternehmer sowohl für die Nebenintervenientin als auch für die Stadtwerke GmbH aufgetreten. Damit hätten die Nebenintervenientin und die Stadtwerke GmbH hinsichtlich des Teils des Angebotes, für den zwei Drittel der Gesamtpunktzahl zu erzielen waren, auf den gleichen Nachunternehmer abgestellt. Zudem bestehe Personalidentität in der Geschäftsführung der und der NHG Netzbetrieb GmbH. Auch seien die Nebenintervenientin und die Stadtwerke GmbH durch ihre gemeinschaftliche Beteiligung an der NHG Netzbetrieb GmbH gesellschaftsrechtlich verflochten. Daher seien die genannten Beteiligten nur in einen Scheinwettbewerb zueinander eingetreten. Die Rechtsanwaltskanzlei habe im Konzessionsverfahren I zunächst die Antragsgegnerin beraten. Sodann

habe diese Rechtsanwaltskanzlei die NHG Netzbetrieb . GmbH im Rechtsstreit über die Herausgabe des Netzes vertreten. Es sei unzulässig, wenn die genannte Rechtsanwaltskanzlei nunmehr wiederum die Antragsgegnerin im Konzessionsverfahren II berate. Dies Verstoße gegen § 43 a Abs. 4 BRAO. Zudem sei ein Verstoß gegen den Rechtsgedanken des § 16 Abs. 1 Nr. 2 VgV gegeben. Die Antragsteller meinen, die Gründung der NHG Netzbetrieb . GmbH sei bereits ein Verstoß gegen § 1 GWB, der dazu führe, dass sowohl die Nebenintervenientin als auch die Stadtwerke GmbH als nicht gesetzestreuer Bewerber vom Verfahren ausgeschlossen werden müssten.

Die Antragsteller meinen, in der Auswahlmatrix, die Gegenstand des 1. Verfahrensbriefes sei, seien die Ziele des § 1 EnWG nicht vorrangig berücksichtigt, da diese nur mit 56,5 % angesetzt seien. Auch enthalte die Auswahlmatrix weitere unzulässige Kriterien. Die Auswahlkriterien dürften nämlich nicht so gestaltet sein, dass sie von vornherein von kommunalen Unternehmen am besten erfüllt werden können. Dies sei hier jedoch der Fall, da die Auswahlmatrix in A. IV. 1 auf die örtliche Nähe des Netzbetreibers abstelle oder in A.I.7 bzw. A.IV.5 und A.V.5 auf Mitwirkungsrechte bzw. Sanktionsmöglichkeiten abstelle, die naturgemäß ein kommunales Unternehmen leichter erfüllen können als ein Dritter Bewerber.

Auch die Bewertungsmethode sei fehlerhaft, da die Antragsgegnerin die Angebote nicht objektiv bewertet habe. Die gewählte relative Bewertungsmethode sein nicht transparent.

Die Antragsteller meinen, die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin stelle einen Verstoß gegen § 19 GWB in Verbindung mit § 3 KAV da, da der Gesellschaftsvertrag der Netzbetrieb GmbH einen **garantierten** Gewinnanteil des Gesellschafters Stadtwerke GmbH vorsehe.

Die Antragsteller meinen, der Antrag der Nebenintervenientin auf Beitritt zu Rechtsstreit sei zurückzuweisen, da mit der Zulassung der Nebenintervenientin ein potenzieller Mitbewerber Kenntnis von Angeboten oder Angebotsentwürfen erhalten würde.

Die Antragstellerin zu 1. beantragt,

1. Der Antragsgegnerin wird unter Androhung eines vom Gericht für den Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten untersagt,
 - a. Den durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger am 22. Dezember 2014 ausgeschriebenen Gaskonzessionsvertrag für das gesamte Stadtgebiet (einschließlich Ortsteil) mit einem anderen Unternehmen als mit den Antragstellerinnen, insbesondere mit der AG, abzuschließen.

hilfsweise

- b. den durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger am 22. Dezember 2014 ausgeschriebenen Gaskonzessionsvertrag für das gesamte Stadtgebiet (einschließlich Ortsteil) mit einem anderen Unternehmen als den Antragstellerinnen, insbesondere mit der AG, abzuschließen, bevor nicht im laufenden Stromkonzessionsverfahren, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts, durch die Antragsgegnerin über die Vergabe der Stromkonzession neu entschieden worden ist.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Antragsgegnerin und die Nebenintervenientin beantragen,

den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin behauptet, es habe keine Vorfestlegung auf den Zuschlag der Nebenintervenientin gegeben. Die Nebenintervenientin habe sich in ihrem Angebot gegenüber der Antragsgegnerin auch nicht vertraglich verpflichtet, das Netz an die Netzgesellschaft GmbH zu übertragen. Das Zustandekommen einer

möglichen Einbindung der NHG Netzgesellschaft . GmbH sei gegenwärtig immer noch ungewiss. Der Gesellschaftsvertrag der NHG Netzgesellschaft GmbH sei das Resultat der damaligen Verhandlungen der Gesellschafter. Sämtliche Aufsichtsratsmitglieder der Stadtwerke GmbH einschließlich des Bürgermeisters hätten sich – was unstreitig ist – bei der Abstimmung in der maßgeblichen Sitzung vom 01.07.2015 enthalten.

Auch das Stadtentwicklungskonzept sei in keiner Weise präjudizierend für das Stromkonzessionierungsverfahren gewesen, was insbesondere in einem Änderungsantrag zu dem Beschluss über das Klimaschutzrahmenkonzept vom 31.03.2015 deutlich sei, denn dort habe sich die Stadt zu einen transparenten, diskriminierungsfreien Auswahlverfahren bekannt.

Die Anwaltskanzlei hätte im Konzessionsverfahren keine parallele kollidierende Beratung der Nebenintervenientin oder der Stadtwerke oder der GmbH oder der NHG Netzbetrieb GmbH durchgeführt. Die Nebenintervenientin sei überhaupt nicht vertreten worden.

Die Antragsgegnerin meint, die Antragstellerin zu 2 sei nicht aktivlegitimiert, da sie selbst kein verbindliches Angebot abgegeben habe. Sie sei lediglich als Unterstützerin bzw. Subunternehmerin der Antragstellerin zu 1. aufgetreten.

Die Verfahrensgestaltung sei transparent und diskriminierungsfrei gewesen. Insbesondere seien die Ziele es § 1 EnWG hinreichend berücksichtigt, nämlich mit mehr als 50 %. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin auch einen Ermessensspielraum bei der Aufstellung der Auswahlkriterien. Dieser sei hier nicht überschritten.

Die hier gewählte relative Bewertungsmethode sei zulässig und anerkannt. § 16 VgV finde auf Energiewirtschaftliche Konzessionsverfahren keine Anwendung.

Die im Gesellschaftsvertrag genannte „Garantiedividende“ stelle keine Leistung des Konzessionärs an die Kommune dar, so dass § 3 Abs. 2 KAV nicht betroffen sei.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, die Antragsteller seien sei mit Rügen, die sie im Konzessionsverfahren nicht bereits erhoben haben, ausgeschlossen. Dies gelte insbesondere für die Rüge der angeblich unzulässigen Beratung der Antragsgegnervertreter im Konzessionsverfahren II.

Die Nebenintervenientin trägt vor, dass die Nebenintervenientin, die NHG Netzgesellschaft . . . und die Stadtwerke . . . GmbH anlässlich ihrer Beteiligungen am 06.01.2015 eine Vereinbarung unterzeichnet haben, die stricte Verhaltenspflichten der Parteien zur Gewährleistung der Informationsabstimmung vorsah. So war vereinbart, dass die Nebenintervenientin und die Stadtwerke . . . GmbH jeweils ein eigenes Team für die Vorbereitung und Kalkulation ihrer Angebote einsetzen müssten, das räumlich getrennt von den jeweils anderen untergebracht ist. Auch bezüglich der Kalkulation der Angebotspreise sollte es keine Berührungspunkte geben. Die Nebenintervenientin und die Stadtwerke . . . GmbH hatten zudem zugesichert, die NHG Netzbetrieb . . . GmbH allenfalls als Nachunternehmer einzusetzen sei und von ihr keine Daten oder Informationen abzufragen oder anzunehmen seien, die eventuelle Angebote zur Nachunternehmerstellung für den Mitgesellschafter betreffen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vereinbarung vom 06.01.2015 Bezug genommen.

Die Mehrfachbeteiligung von Nachunternehmen bzw. die Beteiligung eines Energieversorgungsunternehmens als Einzelbieter und als Nachunternehmer eines anderen Bewerbers in demselben Konzessionsverfahren sei grundsätzlich zulässig.

Wegen des Weiteren Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze und eingereichten Unterlagen Bezug genommen.

Die Antragstellerin zu 2. hat in der mündlichen Verhandlung vom 01.09.2015 den von ihr gestellten Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

Der Beitritt der Nebenintervenientin ist gemäß § 66 ZPO zulässig, da die Nebenintervenientin als ausgewählter Bewerber im Konzessionsverfahren ein rechtliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Einschränkungen der Nebenintervention aus Gründen des Geheimnisschutzes sind gesetzlich nicht vorgesehen.

Die einstweilige Verfügung ist gem. den §§ 935, 925 Abs. 1 ZPO zu erlassen; denn auf Grund des unstreitigen Sachverhaltes besteht ein Anspruch der Antragstellerin zu I. auf Unterlassung der Unterzeichnung des Konzessionsvertrages zwischen der Antragsgegnerin und der Nebenintervenientin gem. den §§ 33, 19, 20 GWB und § 46 EnWG.

Gem. den §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 GWB, § 46 Abs. 1 EnWG sind Gemeinden als marktbeherrschende Anbieter von Wegenutzungsrechten in ihrem Gebiet verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien, transparenten Verfahren, das vorrangig an den Kriterien ausgerichtet ist, die das Ziel des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisiert, auszuwählen (BGHZ 199 Seite 289 ff.).

Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich verfahrensbezogene und materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Das Auswahlverfahren muss so gestaltet sein, dass die am Netz interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zu Gunsten desjenigen Bewerber erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht (BGH a.a.O.).

Das von der Antragsgegnerin durchgeführte Verfahren genügt diesen Anforderungen nicht:

I.

Die Beratung der Antragsgegnerin durch die Rechtsanwaltskanzlei

im Konzessionsverfahren und bei der Vorbereitung der Auswahlentscheidung des

Konzessionsverfahrens ist gem. § 43 a Abs. 4 BRAO unzulässig. Gem. § 43 a Abs. 4 BRAO darf ein Rechtsanwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten. Dies ist dann der Fall, wenn bei einer Sachverhaltsidentität der Rechtsanwalt schon einmal eine andere Partei in derselben Rechtssache im entgegengesetzten Interesse beraten oder vertreten hat. Eine Sachverhaltsidentität liegt vor, wenn es sich um „dieselbe Rechtssache“ handelt. Maßgeblich für den Begriff „derselben Rechtssache“ ist der sachlich- rechtliche Inhalt des anvertrauten Interesses, also das anvertraute materielle Rechtsverhältnis, dass bei natürlicher Betrachtungsweise auf ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis zurückzuführen ist, wobei es nicht auf den einzelnen Anspruch, sondern auf das zugrundeliegende einheitliche Lebensverhältnis ankommt, welches auch durch einen längeren Zeitablauf nicht aufgehoben wird. Maßgeblich ist, ob eine Identität der Tatsachen und der Interessensgesamtheit besteht bzw. ob die neue Sache noch zu dem ursprünglich dem Rechtsanwalt anvertrauten materiellen Rechtsverhältnis gehört. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um ein und dasselbe Verfahren handelt. Dieselbe Rechtssache liegt vielmehr auch dann vor, wenn in Verfahren verschiedener Art und verschiedener Zielrichtungen ein und derselbe Sachverhalt von rechtlicher Bedeutung sein kann (Böhnlein in Feurich – Weyland, BRAO Kommentar 8. Aufl. § 43 a Rdnr. 60 ff.). Ausreichend ist eine Teilidentität des historischen Vorganges (Hanseatisches Oberlandesgericht – 3 U 252/1000 – Urteil vom 19.10.2000 – zitiert nach Juris). Dieselbe Rechtssache ist z.B. angenommen worden bei Vertretung eines Gläubigers bei der Beitreibung einer Forderung und gleichzeitigen Mandat des Schuldners, ein Moratorium mit allen Gläubigern herbeizuführen (Karlsruhe Anwaltsblatt 98 Seite 102) sowie bei Vertretung einer Pflichtteilsberechtigten gegenüber der Alleinerbin, wenn der Rechtsanwalt vorab den Erblasser bei der Errichtung des Testamentes beraten hat (OLG Karlsruhe Beschluss vom 03.07.2013 – 3 (5) Ss 67/13 – zitiert nach Juris). Wobei das OLG Karlsruhe in der zitierten Entscheidung eine Strafbarkeit wegen Parteiverrat nicht annahm, weil eine Pflichtwidrigkeit, also ein Interessengegensatz nicht zu erkennen war.

Ein Verstoß gegen § 43 a Abs. 4 BRAO verlangt neben dem Handel in „derselben Rechtssache“ einen Interessengegensatz. Dieser ist dann anzunehmen, wenn der Rechtsanwalt eine andere Partei in derselben Rechtssache schon einmal im entgegengesetzten Interesse beraten oder vertreten hat. Das heißt, der Rechtsanwalt

muss für 2 oder mehr Parteien tätig gewesen) sein, deren Interesse gegenläufig sind (Feurich, Weyland a.a.O. Rdnr. 64).

Das Tätigwerden der Prozessbevollmächtigten der Antragsgegner für die NHG Netzbetrieb ... GmbH und das Tätigwerden der Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin im Konzessionsverfahren ist dieselbe Rechtssache und beinhaltet ein interessengegensätzliches Handeln. Die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin haben die NHG Netzbetrieb ... GmbH gegenüber der Antragstellerin zu 1. im Rechtsstreit 51 O 144/12 auf Herausgabe des Gasnetzes vertreten, nachdem die Stadtwerke ... GmbH im Konzessionsverfahren I ausgewählt worden waren und ihren Anspruch auf Herausgabe des Gasnetzes (§ 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG) an die NHG Netzbetrieb ... GmbH abgetreten haben. Ob ein solcher Anspruch gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG besteht, ist rechtlich davon abhängig, ob das durchgeführte Konzessionsverfahren rechtmäßig war. Denn der Anspruch gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG steht dem „neuen Energieversorgungsunternehmen“ zu. Dies ist die Person, die im Konzessionsverfahren von der Gemeinde gewählt wurde, weil sie das günstigste Angebot abgegeben hat. Der von den Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin vertretene Anspruch der NHG Netzbetrieb ... GmbH steht damit in einem historischen und rechtlichen Zusammenhang zu der Frage, ob das durchgeführte Konzessionsverfahren I wirksam ist. Denn nur dann besteht ein Anspruch des „neuen Energieversorgungsunternehmens“ auf Herausgabe des Netzes. Nachdem sich auf Grund der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17.12.2013 die Erkenntnis durchgesetzt hatte, dass die Auswahlentscheidung im Konzessionsverfahren I einer rechtlichen Überprüfung nicht stand hält, stellt sich die Beratung der Antragsgegnerin durch deren Prozessbevollmächtigten im Konzessionsverfahren II als derselbe Lebenssachverhalt dar. Denn es war weiterhin ein Energieversorgungsunternehmen für den ausgelaufenen Konzessionsvertrag zu suchen. Mithin stellt der Abschluss des 1. Konzessionsverfahrens keine Zäsur dar, der einen anderen historischen und rechtlichen Lebenssachverhalt hat entstehen lassen.

Unerheblich ist es dabei, dass es in dem damaligen Rechtsstreit „nur“ um die Frage der Wirksamkeit des Abschlusses des Konzessionsvertrages im Konzessionsverfahren I ging. Dies ist zwar ein anderer Anspruch als der Anspruch, der Gegenstand des hier zu entscheidenden einstweiligen Verfügungsverfahrens ist. Es kommt bei der Frage, ob

dieselbe Rechtssache vorliegt, aber nicht auf den einzelnen Anspruch sondern auf den zugrundeliegenden historischen Lebenssachverhalt an.

Zwischen der Beratung der NHG Netzbetriebe mbH und der späteren Beratung der Antragsgegnerin besteht auch ein Interessengegensatz. Zwar ist es streitig, ob bei der Prüfung widerstreitender Interessen auf eine objektive, das heißt vom Standpunkt der Parteien unabhängige Bewertung der Interessenlage abzustellen ist (BGH St 5 Seite 284 ff.) oder ob der Begriff des Interesses rein subjektiv zu bewerten ist (BGH St 5 Seite 301 ff.). Bei der Antragsgegnerin besteht folgende Interessenlage:

Die Antragsgegnerin ist gesetzlich gehalten, ein diskriminierungsfreies und transparentes Konzessionsverfahren durchzuführen. Daher ist sie gesetzlich verpflichtet keinen Bewerber bei der Ausschreibung zu benachteiligen oder zu bevorzugen. Die Antragsgegnerin ist insoweit „Schiedsrichterin“ des Vergabeverfahrens.

Die Antragsgegnerin ist allerdings nicht nur als ausschreibende Stelle tätig geworden, denn sie hat sich über die NHG Netzbetrieb GmbH an der die Stadtwerke GmbH wirtschaftlich beteiligt ist, selbst – mittelbar – als Nachunternehmer der Nebenintervenientin an der Ausschreibung beteiligt. Daher hat die Antragsgegnerin sich zumindest wirtschaftlich an dem Konzessionsverfahren beteiligt. Aus dieser Beteiligung ist ein Interesse der Antragsgegnerin an einem Obsiegen der Nebenintervenientin bei der Ausschreibung zu erkennen.

Die Antragsgegnerin hat somit in ihrer Funktion als Vergabestelle ein objektives Interesse am Ausgang des Verfahrens und gleichzeitig als mittelbare Bewerberin ein subjektives Interesse an einem Sieg der Nebenintervenientin.

Dieses subjektive Interesse ist bei der Prüfung, ob widerstreitende Interessen vorliegen nicht zu berücksichtigen, da allein auf die gesetzliche Aufgabe der Antragsgegnerin, eine diskriminierungsfreie Ausschreibung zu veranstalten, abzustellen ist. Eine subjektive Sicht der Prüfung der Interessenlage verbietet sich daher im vorliegenden Fall.

Der Interessengegensatz zwischen dem Tätigwerden für die NHG Netzbetrieb GmbH und dem Tätigwerden im Konzessionsverfahren ist in der Zielrichtung der jeweiligen Parteiinteressen zu sehen. Für die NHG Netzbetrieb GmbH haben die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin deren Interesse verfolgt, das Netz zu erhalten; wobei es – wie bereits ausgeführt – eine Vorfrage war, ob die getroffene Entscheidung im Konzessionsverfahren I wirksam war. Bei der Beratung im Konzessionsverfahren II ging es um den Wettbewerb, wer das Netz erhält. Mithin liegt den Mandaten eine widersprechende Zielrichtung der Interessenlage zu Grunde. Denn die Beratung der Antragsgegnerin im Konzessionsverfahren II verlangt eine wertneutrale Durchführung des Konzessionsverfahrens II, bei der alle Bewerber gleich zu behandeln sind. Dies steht aber im Widerspruch zu dem Interesse des ehemaligen Mandanten NHG Netzbetrieb GmbH. Dieser wollte nämlich das Netz erhalten. Dies will die NHG Netzbetrieb GmbH, die im Konzessionsverfahren II als Nachunternehmer für die Nebenintervenientin auftritt, immer noch. Die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin haben somit für die NHG Netzbetrieb GmbH einen Anspruch geltend gemacht und später die Antragsgegnerin, die die „Schiedsrichterin“ des Vergabeverfahrens ist, zu der Frage beraten, wer den Anspruch erhält.

Das OLG Stuttgart hat zu dem Interessenskonflikt eines Rechtsanwaltes im Vergabeverfahren ausgeführt:

Eine Konfliktlage in einem Vergabeverfahren auf Grund widerstreitender Interessen in derselben Rechtssache kann dann entstehen, wenn zwei Verfahren mit einander in der Weise in Berührung kommen, dass trotz unterschiedlicher Verfahrensarten und Zielrichtungen derselbe Sachverhalt von rechtlicher Bedeutung ist, zumindest sein kann. Die Berührung beider Verfahren besteht dann darin, dass beide vom Rechtsanwalt zu betreuenden Interessen sich dergestalt gegenüber stehen, dass jedenfalls theoretisch die Wahrung des einen Interesses der Wahrung des anderen Interesses entgegenläuft. Die Möglichkeit eines solchen Interessenkonfliktes setzt voraus, dass beide Verfahren derart voneinander abhängen, dass der Ausgang des einen Verfahrens die Rechtsposition des Mandanten im anderen Verfahren beeinflussen kann. In diesem Fall, könnte der theoretisch mögliche Interessenkonflikt akut werden, wenn der Rechtsberater an der Ausgestaltung der Ausschreibung oder an der Bewertung der Bieterangebote mitwirkte

(OLG Stuttgart Beschluss vom 24.03.2000 – 2 Verg 2/99; zitiert nach Juris). In dem hier zu entscheidenden Fall ist ein solcher Interessenkonflikt gegeben, denn beiden Mandaten liegt die Rechtsfrage zu Grunde, wer nach dem Auslaufen des Konzessionsverfahrens neuer Konzessionär wird. Dabei spielt der Umstand, dass – wie ausgeführt – die NHG Netzbetrieb GmbH sich zudem als Nachunternehmer an dem Konzessionsverfahren beteiligt hat, keine Rolle, da ein Interessenwiderspruch auch ohne dies vorliegt.

Unerheblich ist auch die Frage, ob die unzulässige Beratung durch die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin im Konzessionsverfahren II tatsächlich zu einer Benachteiligung eines Bewerbers geführt hat. Denn auf die Beantwortung dieser Frage kommt es bei der Prüfung, ob ein diskriminierungsfreies Auswahlverfahren stattgefunden hat, nicht an. Abzustellen ist allein darauf, dass eine Verfahrensvorschrift verletzt wurde.

Unerheblich ist auch, welcher Rechtsanwalt die jeweiligen Vertretungen der NHG Netzbetrieb GmbH und der Antragsgegnerin durchgeführt hat, denn das Verbot widerstreitende Interessen zu vertreten gilt gemäß § 3 Absatz 2 BORA für alle in einer Kanzlei verbundenen Rechtsanwälte.

II.

Eine Behinderung der Antragstellerin zu 1. ist auch in der vertraglichen Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages der NGH Netzbetrieb GmbH zu sehen. Gemäß § 11 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages erhält der Gesellschafter Stadtwerke GmbH auf seine Geschäftsanteile einen garantierten Gewinnanteil von 135.000,00 Euro jährlich aus dem Betrieb beider Netze. Dieser Gewinnanteil ist unabhängig vom Betriebsergebnis. Ein sachlicher Grund für eine solche Regelung ist – bei paritätischen Gesellschaftsbeteiligungen – nicht ersichtlich. Die Regelung ist geeignet, Einfluss auf die Auswahl des Bewerbers im Konzessionsverfahren zu nehmen, da die zur Entscheidung berufenen politischen Vertreter der Antragsgegnerin wissen, dass bei einer Entscheidung zu Gunsten der Nebenintervenientin die Antragsgegnerin mittelbare wirtschaftliche Vorteile hat. Zwar ist die Beteiligung einer Gemeinde im Konzessionsverfahren selbst zulässig, so dass allein aus dem Umstand einer Beteiligung grundsätzlich kein Rückschluss möglich ist. Lässt sich ein kommunaler Betrieb an der

die ausschreibende Gemeinde beteiligt ist jedoch im Rahmen einer wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit einem Bewerber im Konzessionsverfahren wirtschaftliche Vorteile versprechen, für die sachlich kein Grund ersichtlich ist, stellen sich die Rahmenbedingungen innerhalb derer die Vergabe stattfindet nicht mehr als diskriminierungsfrei dar.

III.

Die Antragsgegnerin hat das Ergebnis des Ausgangs des Verfahrens nicht hinreichend begründet. Das Konzessionsverfahren ist diskriminierungsfrei und transparent durchzuführen. Die Transparenz im Verfahren ist erforderlich, um zu prüfen, ob das Verfahren auch diskriminierungsfrei ist. Ist das Verfahren nämlich nicht transparent, kann nicht geprüft werden, ob das Verfahren auch für alle Bewerber gleich durchgeführt wurde. Die Transparenz des Konzessionsverfahrens bezieht sich daher auch auf das Ergebnis der Mitteilung des Verfahrensausganges. Das Schreiben der Antragsgegnerin vom 02.07.2015 genügt dem nicht, denn aus diesem Schreiben kann nicht entnommen werden, aus welchem Grund das Angebot eines anderen Bewerbers günstiger war. Zwar führt dieser Begründungsmangel nicht zu einem materiellen Mangel des Ergebnisses des Ausschreibungsverfahrens. Die fehlende Transparenz der Mitteilung des Ergebnisses der Auswertung der Angebote stellt allerdings einen Grund für eine einstweilige Verfügung dar, da ein Verfahrensfehler vorliegt.

Die Antragstellerin zu 1. ist mit ihren Einwendungen auch nicht ausgeschlossen – soweit sie diese nicht bereits im Vergabeverfahren gerügt hat. Der Bundesgerichtshof führt in der obengenannten Entscheidung vom 17.12.2013 (BGHZ 199 Seite 289 ff.) aus, dass teilweise angenommen wird, bei Konzessionsvergaben nach § 46 Abs. 2, Abs. 3 EnWG ergebe sich aus einer durch Anforderung der Vergabeunterlagen begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 241 Abs. 2, 313 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine unselbständige Nebenpflicht der Bieter, den Auftragsgeber auf Rechtsverstöße im Vergabeverfahren hinzuweisen, deren Missachtung zum Aufschluss der entsprechenden Rügen führe. Zwar hat die Antragstellerin zu 1. im Vorfeld die Beteiligung der Prozessbevollmächtigten der Beklagten im Konzessionsverfahren nicht ausdrücklich gerügt. Eine solche Rüge hätte aber auch nicht geheilt werden können, denn die

Mitteilung über die Beteiligung der Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin erfolgte im 1. Verfahrensbrief vom 13.02.2015. Damit haftete die unzulässige Vertretung dem bisherigen Konzessionsverfahren an. Dieses Verfahren hätte vollständig abgebrochen werden müssen, weil eine Heilung nicht möglich war. Die Verletzung einer vorvertragliche Rügeverpflichtung kann aber nur dann zu einem Rügeverlust führen, wenn durch die Rüge eine Heilung des Verfahrensfehlers möglich wäre. Dies ist hier nicht der Fall.

Die Diskriminierung der Antragstellerin, die sich aus der vertraglichen Gestaltung in dem Gesellschaftsvertrag zur Gründung der NHG Netzbetrieb . GmbH ergibt, ist nicht im 1. Verfahrensbrief genannt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin zu 1. von diesem Umstand im Vorfeld Kenntnis hatte.

Die fehlende Transparenz in der Begründung der Bekanntgabe der Entscheidung der Stadtverordnetenversammlung ist kein Umstand, der im Vorfeld des Verfahrens hätte gerügt werden können, da er zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt war.

Die weiteren Einwendungen der Antragstellerin zu 1. scheinen im Rahmen einer summarischen Prüfung nicht erfolgreich.

Die vom Antrag abweichende Tenorierung der einstweiligen Verfügung begründet sich wie folgt: die Antragstellerin zu 1. hat nur einen Anspruch auf Unterlassung des angekündigten Abschlusses des Konzessionsvertrages mit der Nebenintervenientin, da derzeit nur der Abschluss dieses Vertrages angekündigt ist. Die von der Antragstellerin – auch im Hilfsantrag - begehrte Einschränkung des Verbotes einen Konzessionsvertrag abzuschließen – außer dieser werde mit der Antragstellerin abgeschlossen – indiziert die gerichtliche Feststellung, mit der Antragstellerin sei ein Konzessionsvertrag abzuschließen. Diese Prüfung ist aber nicht Gegenstand des Verfahrens. Soweit mit dem Hilfsantrag der Antragsgegnerin untersagt werden soll, auf Grund des Konzessionsverfahrens II mit einem Dritten einen Konzessionsvertrag abzuschließen ist ein Rechtsschutzinteresse für einen solchen Antrag nicht ersichtlich, da nichts dafür spricht, dass die Antragstellerin ein solches Vorgehen, welches zudem einen Beschluss der Stadtverordnetenversammlung voraussetzt, beabsichtigt. Die Anordnung des

Inhaltes der einstweiligen Verfügung beruht insoweit auf § 938 I ZPO. Eine Abweisung des Antrages ist wegen der dargestellten Abweichungen vom Antrag nicht erfolgt.

Das Gericht hat die Rechtsausführungen und rechtsgutachterlichen Stellungnahmen im nicht nachgelassenen Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10.09.2015 zur Kenntnis genommen. Die genannten Ausführungen und Stellungnahmen, die sich dadurch auszeichnen, dass sie die oben erörterte Frage des Interessenkonfliktes nicht hinreichend beleuchten, sind nicht geeignet, das Gericht von einer anderen Bewertung der Rechtslage zu überzeugen.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91, 101, 269 Abs. 3 ZPO.

Der Streitwert beträgt 75.000,00 Euro.

Der Streitwert einer einstweiligen Verfügung hat sich am Wert der Hauptsachenentscheidung zu orientieren. Die Hauptsachenentscheidung ist die Frage, ob in den durchgeführten Konzessionsverfahren wirksam ein „neues Stromversorgungsunternehmen“ ausgewählt wurde. Ist das Konzessionsverfahren nicht diskriminierungsfrei und transparent durchgeführt worden, so ist es zu wiederholen. Mithin geht es in dem Hauptsachenverfahren nicht darum durch das Gericht einen Bewerber als Sieger des Konzessionierungsverfahrens zu bestimmen, den Wert der Hauptsache schätzt das Gericht auf 150.000,00 Euro.

Steiner

Beglaubigt

Kleinlind, Justizhauptsekretärin als
Urkundsbeamte der Geschäftsstelle

