

# OLG Brandenburg bestätigt Fehlerhaftigkeit eines Konzessionierungsverfahrens wegen unzulässiger Beratung durch einen Rechtsanwalt

01.08.2016

Energie

OLG Brandenburg, Urteil vom 19.07.2016, Az. Kart U 1/15

## Verfahrensgang

Mit Urteil vom 17.09.2015 hatte das LG Potsdam einem Antrag der Altkonzessionärin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und der beklagten Gemeinde untersagt, den ausgeschriebenen Gaskonzessionsvertrag mit dem von der Gemeinde ausgewählten Energieversorgungsunternehmen (Nebenintervenientin) abzuschließen. Zur Begründung verwies das Landgericht u.a. auf einen Verstoß gegen § 43a Abs. 4 Bundesrechtsanwaltsordnung („BRAO“), da die die Gemeinde beratende Kanzlei zuvor den von der Gemeinde ausgewählten Bewerber bei der Durchsetzung seines vermeintlichen Netzherausgabeanspruchs im Anschluss an das erste, im Jahr 2009 durchgeführte Konzessionierungsverfahren beraten und gerichtlich vertreten hatte. Dies stelle eine Vertretung widerstreitender Interessen dar.

Einzelheiten zu der Entscheidung des LG Potsdam finden Sie [hier](#).

## Wesentliche Aussagen des OLG Brandenburg

Das OLG Brandenburg hat das Urteil des LG Potsdam im Ergebnis bestätigt und die von der Gemeinde eingelegte Berufung zurückgewiesen. Das OLG Brandenburg stützt dies – anders als das LG Potsdam – allerdings nicht auf einen Verstoß gegen § 43a BRAO, sondern auf einen Verstoß gegen das aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Diskriminierungsverbot sowie dem Transparenzgebot abzuleitenden Gebot der Neutralität bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens und dessen Entscheidung:

1. Das Neutralitätsgebot gelte nicht nur für staatliches Handeln in Verwaltungsverfahren (§ 2 VwVfG), sondern in gleicher Weise, wenn eine Gemeinde, wie hier, in privat-rechtlicher Form tätig werde. Auch das in § 6 VgV n.F. explizit für Vergabeverfahren geregelte Mitwirkungsverbot, das sich auf Beauftragte des Auftraggebers erstreckt, gelte als Ausprägung des allgemeinen Rechtsstaatlichkeitsgrundsatzes der Neutralität über das förmliche Vergabeverfahren hinaus für Auswahlentscheidungen zur Vergabe von Wegennutzungsrechten. Geboten sei deshalb eine ausreichende personelle und organisatorische Trennung zwischen verfahrensleitender Stelle und Bieter.
2. Dem Neutralitätsgebot komme im Auswahlverfahren nach § 46 EnWG wegen der besonderen Schutzwürdigkeit der Bieter große Bedeutung zu. Anders als im Nachprüfungsverfahren nach dem 4. Teil des GWB, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz gelte und die Angebote sämtlicher Bieter und deren Bewertung der Vergabekammer bekannt seien, sei es weder für den Bieter, den im zivilprozessualen Verfahren die Beibringungslast treffe, noch für das entscheidende Gericht mangels Aktenkenntnis möglich, im Einzelnen zu prüfen, ob eine rechtmäßige Beurteilung der Angebote anhand sachlicher Kriterien stattgefunden habe. Die Gemeinde sei daher in besonders hohem Maße verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Ausschreibung und das Bewertungsverfahren dem Gebot der neutralen Verfahrensdurchführung und -entscheidung genügen. Andernfalls könnten weder Bieter noch das Gericht in eine unbefangene Auswahlentscheidung der verfahrensleitenden Stelle vertrauen.
3. Vorliegend sei die Beteiligung der beratenden Rechtsanwaltskanzlei an der Gestaltung und Abwicklung des Auswahlverfahrens sowie der Bewertung der Angebote geeignet, hinreichende Zweifel an einer unparteiischen Entscheidungsfindung zu begründen.

Diese ergeben sich aus der personellen Verflechtung, die durch die Beteiligung der beratenden Rechtsanwaltskanzlei entstanden sei, nachdem diese zuvor den von der Gemeinde im ersten Konzessionierungsverfahren ausgewählten Bewerber im Rechtsstreit um die Herausgabe des Netzes vor dem LG Potsdam vertreten hatte. Das wirtschaftliche Interesse dieses

Bewerbers am Ausgang des vorliegenden Auswahlverfahrens sei durch seine mittelbare Beteiligung als Nachunternehmer der Nebenintervenientin identisch mit demjenigen, welches er in dem Zivilrechtsstreit vor dem LG Potsdam verfolgt habe. Auch die beklagte Gemeinde und die Nebenintervenientin verfolgen dieses Ziel. Die Gemeinde strebe eine Rekommunalisierung der Netze an und verfolge aufgrund des garantierten Gewinnanteils im Gesellschaftsvertrag mit der Nebenintervenientin zudem ein wirtschaftliches Interesse.

Die unter Mitwirkung der beratenden Rechtsanwaltskanzlei bestimmte Verfahrensgestaltung (Konzeptwettbewerb, relative Bewertungsmethode) fördern nach Auffassung des OLG Brandenburg ebenfalls Zweifel an der Unparteilichkeit der verfahrensleitenden Stelle. Insbesondere eröffne die relative Bewertungsmethode die Möglichkeit ergebnisorientierter Entscheidungen, weil die Bemessung der Abstufungen der Angebote nur beschränkt nachvollziehbar sei.

4. Dass die beratende Rechtsanwaltskanzlei die Gemeinde und den Bewerber nicht gleichzeitig vertreten habe, beseitige die Besorgnis, das Verfahren könne nicht unparteilich geführt worden sein, nicht. Maßgebend für den Beginn des Mitwirkungsverbots sei nicht die förmliche Einleitung des Auswahlverfahrens durch die Veröffentlichung im Bundesanzeiger, sondern – insbesondere bei der Wiederholung eines Auswahlverfahrens – sämtliche Vorgänge mit dem Ziel, am Ende der organisatorischen Schritte einen Vertrag abzuschließen. Maßgeblich sei daher der Beginn des (ersten) Konzessionierungsverfahrens im Jahr 2009.
5. Die Altkonzessionärin war nach Auffassung des OLG Brandenburg nicht gehalten, die Beteiligung der beratenden Rechtsanwaltskanzlei im laufenden Auswahlverfahren zu rügen. Ihr sei zwar bekannt gemacht worden, dass sich die Gemeinde von dieser Rechtsanwaltskanzlei beraten lasse. Ausschlussfristen für die Rüge von Verfahrensfehlern in Auswahlverfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen sehe das Gesetz aber nicht vor. Auch die vergaberechtliche Präklusionsvorschrift des § 107 Abs. 3 GWB (a.F.) sei weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Eine Pflicht der Bewerber, auf Rechtsverstöße hinzuweisen, ergebe sich auch nicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dies gelte auch dann, wenn die Gemeinde, wie vorliegend, in den Verfahrensbriefen unter Fristsetzung darum gebeten habe, auf etwaige Fehler hinzuweisen.
6. Da das Neutralitätsgebot den Kernbereich des gesetzlichen Auswahlverfahrens bestimme, sei ein Verstoß hiergegen nicht heilbar. Ein mit diesem Makel behaftetes Auswahlverfahren könne nicht mit einem wirksamen Konzessionsvertrag abgeschlossen werden.

## Fazit

Das Urteil des OLG Brandenburg ist begrüßenswert. Es verdeutlicht, dass die Beachtung des Neutralitätsgebots auch in Konzessionierungsverfahren – gerade vor dem Hintergrund der nur begrenzten Überprüfbarkeit der Auswahlentscheidung – von besonderer Bedeutung ist. Einer personellen und organisatorischen Trennung bedarf es daher nicht nur auf der Ebene der Gemeinde, sondern auch bei den hinzugezogenen Beratern. Diese dürfen in einem Konzessionierungsverfahren entweder die Gemeinde oder die Bewerber beraten, nicht aber beide Seiten. Begrüßenswert ist auch die Klarstellung, dass die Bewerber ohne eine gesetzliche Grundlage keine Rügepflichten im Auswahlverfahren treffen und die Gemeinde solche auch nicht durch eine entsprechende Gestaltung ihres Verfahrensbriefes begründen kann.

Gerne senden wir Ihnen das Urteil auf Anfrage zu. Senden Sie hierzu einfach eine kurze E-Mail an Dr. Cornelia Kermel oder Eva Vennewald.

**Haben Sie Fragen?** Kontaktieren Sie gerne [Dr. Cornelia Kermel](#)

**Practice Group:** [Energy](#)

## Contact Person



**Dr. Cornelia Kermel**

Mitglied der Practice Group Energie

Mitglied der Practice Group Regulierung & Governmental Affairs

Rechtsanwältin

T +49 30 20942072

[www.noerr.com](http://www.noerr.com)   [twitter.com/NoerrLLP](https://twitter.com/NoerrLLP)   [xing.com/companies/NoerrLLP](https://www.xing.com/companies/NoerrLLP)