

<b>Gericht:</b>	OLG Karlsruhe Kartellsenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	22.12.2021
<b>Aktenzeichen:</b>	6 U 177/21 Kart
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGKARL:2021:1222.6U177.21KART.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 46 Abs 5 S 1 EnWG, § 47 Abs 2 EnWG, § 47 Abs 2 S 3 EnWG, § 47 Abs 5 EnWG, § 19 GWB ... mehr
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. Dezember 2021 - 6 U 177/21 Kart -, juris

---

### **Einstweiliges Unterlassungsverfahren gegen die Auswahlentscheidung im Konzessionierungsverfahren um ein kommunales Stromnetz**

#### **Leitsatz**

Nach der Auswahlentscheidung im Verfahren nach § 47 EnWG können nur Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung gerügt werden, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind. Rechtsverletzungen, die bereits aufgrund der Bekanntmachung der Ausgestaltung des Auswahlverfahrens mit den vorangegangenen Verfahrensbriefen erkennbar waren, müssen nach § 47 Abs. 2 EnWG innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang gerügt werden. Die in der vorangegangenen Stufe rügbaren Rechtsverletzungen können weder erstmals und noch gar erneut in der nachfolgenden Stufe geltend gemacht werden.(Rn.45)

#### Fundstellen

EnWZ 2022, 126-130 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Mannheim, 9. Juni 2021, 14 O 66/21 Kart

#### **Tenor**

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 9. Juni 2021 - 14 O 66/21 Kart - wird zurückgewiesen.
2. Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin.

#### **Gründe**

##### **I.**

- 1 Im laufenden Konzessionierungsverfahren um das Stromnetz im Gebiet der Gemeinde [Bekl.], dessen Auswahlkriterien nebst Gewichtung bereits Gegenstand des Verfahrens 22 O 27/18 Kart (nachgehend OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019 - 6 U 109/18 Kart) waren, hat die beklagte Gemeinde (Verfügungsbeklagte: im Folgenden: Beklagte) der als Bieterin teilnehmenden Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) mitgeteilt, dass sie aufgrund eines Beschlusses ihres Gemeinderates vom 21.07.2020 beabsichtige, den Zuschlag der [Streith.] (im Folgenden: Streithelferin) zu erteilen (Anlage ASt 4). Grundlage des Konzessionierungsverfahrens sind die Bieterinformation (Anlage ASt 1), überarbeite-

te Verfahrensunterlagen (Anlage ASt 2) und der Entwurf eines Konzessionsvertrages (Anlage ASt 3).

- 2 Parallel zu ihrem Konzessionsvertragsangebot hat die Streithelferin der Gemeinde eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an ihr angeboten. Dieses Angebot fand die Zustimmung der Gemeinde. Einer diesbezüglichen Beschlussvorlage vom 13.07.2020 (Anlage ASt 5), wonach die Antragsgegnerin eine atypisch stille Beteiligung an der Streithelferin eingehen sollte, stimmte der Gemeinderat zeitgleich mit der Entscheidung über die Konzessionsvergabe am 21.07.2020 zu.
- 3 Das Absageschreiben (Mitteilung gemäß § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG) enthält die nachfolgend wiedergegebene tabellarische Übersicht, wieviele Wertungspunkte die Klägerin, die Streithelferin als siegreiche Bieterin sowie ein namentlich nicht genannter dritter Bieter bei den einzelnen Auswahlkriterien erreicht haben.

# KRITERIENKATALOG (max. Punktzahl)

Bieter  
A

Kriteriengruppe I: Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG				
<b>1</b>	<b>Sicherheit (30)</b>			
1.1	Zusage zur technischen Sicherheit (10)	10	10	10
1.2	Zusage zu künftigen Netzausfallzeiten (10)	10	10	10
1.3	Zusagen zur maximalen Reaktionszeit im Störfall (10)	10	10	10
<b>2</b>	<b>Preisgünstigkeit (15)</b>	15	0	15
<b>3</b>	<b>Effizienz (15)</b>			
3.1	Zusage zur Kosteneffizienz (9)	9	9	9
3.2	Zusage zur Energieeffizienz (6)	6	6	6
<b>4</b>	<b>Verbraucherfreundlichkeit (15)</b>			
4.1	Zusage zur Anbindungszeit (5)	5	5	5
4.2	Zusage zum Kundenservice in örtlicher Nähe (5)	5	5	5
4.3	Zusage zum Kundenservice über Fernkommunikationsmittel (5)	5	5	5
<b>5</b>	<b>Umweltverträglichkeit (15)</b>			
5.1	Zusage zur Einbindung von EE- und KWK-Anlagen in das Netz (5)	5	5	5
5.2	Zusagen zur Erdverkabelung (5)	5	5	5
5.3	Zusage zum Baumschutz (5)	5	5	5
<b>Kriteriengruppe II: Konzessionsvertragsbezogene kommunale Belange</b>				



6.4	Umfang des Übernahmerechts im Rahmen der Endschaftsbestimmungen (2)	2	2	2
6.5	Übernahmepreis im Rahmen der Endschaftsbestimmungen (2)	2	2	2
<b>GESAMT (100)</b>		<b>96,91</b>	<b>85</b>	<b>100</b>

- 4 Die Klägerin hat nach vorausgegangener Akteneinsicht gegen die Auswahlentscheidung mit Schreiben vom 16.02.2021 (Anlage ASt 6) diverse Rügen vorgebracht. Diesen Rügen wurde nicht abgeholfen (Schreiben der Gemeinde vom 15.03.2021, Anlage ASt 7). Die Klägerin hält die Verfahrensgestaltung und die Auswahlentscheidung für rechtswidrig und macht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG einen Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 Satz 2 GWB i.V.m. §§ 19 GWB, 46 EnWG gegen die angekündigte Zuschlagserteilung geltend.
- 5 Die Klägerin hat vorgetragen, die gewählte Verfahrensgestaltung sei grundsätzlich fehlerhaft und rechtswidrig, weil sie den Leistungswettbewerb unterbinde und regionale Flächennetzbetreiber wie die Klägerin in unzulässiger Weise diskriminiere. Da die Konzessionsvergabe faktisch allein vom Angebot der Bieter beim Auswahlkriterium Preisgünstigkeit abhängt, habe die Klägerin von vorneherein keine Chance auf die Konzession gehabt. Denn die Gemeinde habe bei allen anderen Kriterien nicht die Leistungsfähigkeit der Bieter vergleichend gegenübergestellt, sondern es mit der Annahme möglicherweise leerer Versprechungen bewenden lassen. Das sei rechtswidrig. Die Klägerin müsse aufgrund der nunmehr vorliegenden Informationen über die Beteiligung der Gemeinde an die Streithelferin davon ausgehen, dass das Verfahren bewusst so ausgestaltet worden sei, damit die Streithelferin zwingend als Bieterin mit den günstigsten Netzentgelten zum Zuge komme.
- 6 Aber auch unbeschadet solcher diskriminierenden Intentionen sei die Verfahrensgestaltung zur Auswahl des bestgeeigneten Bieters evident ungeeignet, wenn – wie geschehen – am Ende alle Bieter bei allen Auswahlkriterien mit Ausnahme der Preisgünstigkeit gleich gut bewertet werden müssten. In einem an den gesetzlichen Zielen ausgerichteten Auswahlverfahren wäre die Gemeinde gehalten gewesen, die unterschiedlichen Stärken und Schwächen der Bieter zu ermitteln und diskriminierungsfrei sowie ohne Vorfestlegung wertend gegenüberzustellen. Dies sei fehlerhaft unterblieben. Indem die Gemeinde alle den Bieter zur Auswahl stehenden Gestaltungsvarianten vorgegeben habe, habe sie den Wettbewerb erdrückt. Die einzige aus dem Auswahlverfahren gewonnene Erkenntnis sei, dass alle Bieter in der Lage seien, vollmundige Zusagen zu machen, gleichsam ihr Kreuz an der richtigen Stelle zu setzen.
- 7 Der Verweis auf Sonderkündigungsrechte bei Nichteinhaltung der gegebenen Zusagen sei ungeeignet, um die gebotene Qualitätskontrolle im Sinne einer Plausibilitätsprognose zu ersetzen. Mit der Ausübung des Sonderkündigungsrechts sei allenfalls unter außergewöhnlichen Umständen zu rechnen, weil die Gemeinde sich damit im Regelfall mehr schade als nutze. In diesem Zusammenhang komme zusätzlich dem erst jetzt bekannt gewordenen Umstand eine zentrale Bedeutung zu, dass die Gemeinde eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Streithelferin eingehen wolle. Damit sei erst recht nicht mehr zu erwarten, dass die Nichterfüllung einer konzessionsvertraglich gegebenen Zusage durch die Streithelferin nach einer Netzübernahme durch die Gemeinde sanktioniert werde.
- 8 Die Gemeinde habe mit ihrer Verfahrensgestaltung auch gegen § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG verstoßen, wonach sie bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG verpflichtet sei. Gemeint seien damit alle Ziele des § 1 EnWG und nicht etwa nur ein einzelnes Ziel wie das der Preisgünstigkeit. Durch die gewählte Verfahrensgestaltung seien alle bestehenden Leistungsunterschiede gänzlich nivelliert worden mit der Folge,

dass es in der faktischen Wirkung für die Zuschlagsentscheidung nur auf das Kriterium der Preisgünstigkeit angekommen sei.

- 9 An die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlkriterien und deren Gewichtung im vorangegangenen Eilverfahren sei das Gericht im gegen die Auswahlentscheidung gerichteten Eilverfahren nicht gebunden. Die Rügen seien auch nicht präkludiert, weil die Klägerin sie in dem vorangegangenen Eilverfahren rechtzeitig gerichtlich anhängig gemacht habe.
- 10 Das Angebot der Streithelferin habe bereits wegen fehlender Eignung ausgeschlossen werden müssen. Mit einer Zahl von sieben Mitarbeitern sei diese offensichtlich nicht in der Lage, das Stromversorgungsnetz in [Bekl.] zusätzlich zu übernehmen und ordnungsgemäß zu betreiben. Die Bewertung des Angebots der Streithelferin zum Unterkriterium der maximalen Reaktionszeit im Störfall sei fehlerhaft. Die Gemeinde sei gehalten gewesen, eine Plausibilitätskontrolle des Versprechens der Anbieterin vorzunehmen, in jedem Störfall im Konzessionsgebiet eine Reaktionszeit von maximal 20 Minuten einzuhalten. Konkrete gegenteilige Anhaltspunkte dafür, dass die Einhaltung der Zusage ausgeschlossen sei, drängten sich schon deshalb auf, weil die Streithelferin im Eignungsnachweis selbst eine (reine) Fahrzeit von „rd. 20 Minuten“ angegeben habe. Darüber hinaus sei die Bewertung des Angebots der Streithelferin betreffend das Kriterium „Preisgünstigkeit“ (Netzentgeltprognose) unrichtig. Sie meint unter anderem, die Netzentgeltprognose sei unplausibel, weil sie auf einer zu geringen Mitarbeiterzahl (Personalkosten) beruhe. Schließlich hat sie gerügt, der Inhalt des Absageschreibens und vor allem die gewährte Akteneinsicht in das Angebot der Streithelferin zum Kriterium Preisgünstigkeit seien unzureichend. Die vorgenommenen Schwärzungen seien nicht zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des obsiegenden Bieters geboten. Vielmehr bestehe ein überragendes Offenlegungsinteresse der Klägerin aufgrund der Verfahrensgestaltung, die dem Kriterium Preisgünstigkeit faktisch die allein entscheidende Bedeutung zuweise. Außerdem sei das Geheimhaltungsinteresse der Streithelferin gering zu veranschlagen.
- 11 Auch die Wertung des Angebots der Klägerin sei fehlerhaft. Insbesondere sei ihr Angebot zum Kriterium Preisgünstigkeit zu Unrecht mit null Punkten bewertet worden.
- 12 Die Klägerin hat beantragt, der Beklagten wird unter Androhung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, untersagt, aufgrund des Beschlusses des Gemeinderates vom 21.07.2020 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes der allgemeinen Versorgung für ihr Gemeindegebiet („Stromkonzessionsvertrag“) mit der [Streith.] abzuschließen.
- 13 Die Beklagte hat beantragt, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen;
- 14 hilfsweise: Der Beklagten wird es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft von bis zu 2 Jahren, hinsichtlich der Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, untersagt, aufgrund des Beschlusses des Gemeinderates vom 21.07.2020 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteiler-

netzes der allgemeinen Versorgung für das Gebiet der Kernstadt der Verfügungsbe-  
klagten, mit Ausnahme der Stadtteile [...], [...], [...] und [...] (Stromkonzessionsver-  
trag) abzuschließen, bevor nicht die Angebotsbewertung in den vom Gericht für feh-  
lerhaft angesehenen Punkten unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts  
wiederholt wurde.

- 15 Die [Streith.] ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten als Streithelferin beigetreten. Sie beantragt, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.
- 16 Die Beklagte, unterstützt von der Streithelferin, verteidigt das Auswahlverfahren und die Auswahlentscheidung als rechtmäßig.
- 17 Das Landgericht, auf dessen Feststellungen und Entscheidungsgründe im Einzelnen ver-  
wiesen wird, hat den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Die  
Klägerin dringe weder mit ihren Einwendungen gegen die Gestaltung des Auswahlverfah-  
rens bzw. der Auswahlkriterien und deren Gewichtung durch, noch habe das Angebot der  
Streithelferin bereits wegen deren fehlenden Eignung ausgeschlossen werden müssen.  
Darüber hinaus bleibe den Einwendungen der Klägerin gegen die Bewertung des Ange-  
bots der Streithelferin im Ergebnis der Erfolg versagt und rüge die Klägerin ohne Erfolg,  
der Inhalt des Absageschreibens und die gewährte Akteneinsicht seien unzureichend.  
Und schließlich habe die Klägerin – abgesehen von den Kausalitätserwägungen – es bei  
der gebotenen summarischen Prüfung nicht glaubhaft zu machen vermocht, dass ihre  
Netzentgeltprognose mit mehr als null Punkten in die Wertung hätte gelangen müssen.
- 18 Gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wen-  
det sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Die Klägerin stellt in den Vordergrund ihrer Be-  
rufung, dass infolge der Verfahrensgestaltung seitens der Beklagten dem 17. Auswahl-  
kriterium „Preisgünstigkeit“ die für die Zuschlagsentscheidung allein maßgebliche Be-  
deutung zugekommen sei. Die Streithelferin habe das Auswahlverfahren einzig deshalb  
gewonnen, weil sie aufgrund gebietsstruktureller Vorteile über die günstigeren Netzent-  
gelte als ihre Konkurrenten verfüge. Dabei sei das Ergebnis - nach Neutralisierung aller  
übrigen Kriterien - von Anfang an absehbar gewesen und sei geradezu zwangsläufig ein-  
getreten. Denn die Unterschiede aus den Netzentgelten ergäben sich schon aus den bei  
Verabschiedung des Kriterienkatalogs aktuell veröffentlichten Preisblättern. Das Krite-  
rium der Preisgünstigkeit sei deshalb ausschlaggebend, da alle drei am Auswahlverfah-  
ren beteiligten Bieter bei 16 von insgesamt 17 Auswahlkriterien des von der Beklagten  
vorgegebenen Kriterienkatalogs jeweils die Höchstpunktzahl erhielten. Ihre Ursache ha-  
be diese Angebotsbewertung darin, dass es für die Erlangung der Höchstpunktzahl bei  
diesen 16 Kriterien jeweils ausgereicht habe, die Aufnahme einer bestimmten, von der  
Beklagten vorgegebenen Vertragsklausel im Konzessionsvertrag zuzusagen. Zwar ha-  
be der Senat bereits mit Urteil vom 28.8.2019 (Az. 6 U 109/18 Kart) sich mit dem hier  
streitgegenständlichen Auswahlverfahren auseinandergesetzt und die Verfahrensgestal-  
tung der Beklagten bestätigt. Die damalige Entscheidung müsse aber in Ansehung von  
drei neuen Tatsachen überprüft werden: Zum einen sei die Zuschlagsentscheidung letzt-  
lich allein aufgrund der Wertung beim Auswahlkriterium Preisgünstigkeit erfolgt, zum an-  
deren seien alle anderen Auswahlkriterien für die Zuschlagsentscheidung ohne Belang  
und schließlich habe die Streithelferin ihre vertragliche Zusagen bei Angebotslegung im  
starken Vertrauen auf eine spätere gesellschaftsrechtliche Verflechtung mit der Beklag-  
ten abgeben können. Die Vertragsgestaltung sei fehlerhaft, weil mit ihr die Ziele des § 1  
EnWG lediglich in formaler Weise berücksichtigt worden seien. Dies sei geschehen, in-  
dem die Beklagte allen Bietern bei allen Kriterien ohne weiteres die Möglichkeit einge-

räumt habe, unbeschadet ihrer tatsächlichen Leistungsfähigkeit die Höchstpunktzahl zu erreichen. Es komme aber nicht auf die formale Befassung mit den Zielen des § 1 EnWG an, sondern auf die tatsächliche Erreichung der Ziele. Soweit das Landgericht ausführe, auch Newcomern müsse mit Blick auf die Versorgungssicherheit die Möglichkeit gegeben werden, mit etablierten Akteuren auf Augenhöhe zu gelangen, treffe dies zwar zu, ändere aber nichts daran, dass zu prüfen sei, ob sich die Leistungsfähigkeit auf Augenhöhe mit den übrigen Bietern befinde oder ob das Angebot qualitativ oberhalb oder unterhalb des jeweiligen Konkurrenzangebotes einzuordnen sei. Der Hinweis des Landgerichts, es bestehe keine Verpflichtung der Beklagten zur Durchführung eines offenen Konzept-Wettbewerbs, führe nicht weiter. Zu befinden sei allein darüber, ob das hier vorliegende Verfahren sich als rechtswidrig erweise, weil die Beklagte die Ziele des § 1 EnWG nicht konkretisiert, sondern neutralisiert und damit für die Auswahlentscheidung ausgeblendet habe. Die Auswahlkriterien seien nicht darauf ausgelegt, Unterschiede zwischen den Bietern aufzudecken. Soweit das Landgericht ausführe, die Klägerin habe nicht aufzuzeigen vermocht, dass die Anforderungen so stark herabgesetzt worden seien, dass gar nicht mehr sinnvoll von Auswahlkriterien gesprochen werden könne, habe das Landgericht die Auswertung der Angebote gemäß Anlage ASt 4 unberücksichtigt gelassen. Tatsächlich sei eine massive Herabsetzung der Anforderungen damit erfolgt, dass ein simples Kreuz an der richtigen Stelle ausreiche, um diese Höchstpunktzahl zu erreichen. Die Klägerin halte es für unzulässig, wenn die Beklagte sich mit einem bestimmten Grad an Aufgabenerfüllung begnüge, weil dies mit der wettbewerblichen Zielsetzung des Verfahrens nicht in Einklang zu bringen sei. Jedenfalls habe die Beklagte bei konkret gegenteiligen Anhaltspunkten eine Plausibilisierung der Zusagen vornehmen müssen. Die bloße Zusage dürfe nicht ausreichen. Der Umstand, dass die Beklagte eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Streithelferin als siegreiche Bieterin eingehen wolle, zeige auf, dass die Überlegungen des Landgerichts zur Möglichkeit einer Androhung der Sonderkündigung bei fehlender Leistungsfähigkeit an Wert verlieren. Soweit das Landgericht ausführe, die Klägerin habe keine Anhaltspunkte dafür aufgezeigt, wonach die Ausgestaltung der Kriterien gezielt so gewählt seien, dass ein spezifischer Bieter bevorzugt werde, sei dies unverständlich. Da sich Netzentgelte angesichts der langfristigen Investitionszyklen nicht sprunghaft entwickelten, habe die fachlich beratene Beklagte gewusst, dass die Streitverkündete bei dem Kriterium Preisgünstigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das beste Angebot vorlegen werde. Infolgedessen habe mit der Entscheidung über die Ausgestaltung des Kriterienkatalogs von vornherein festgestanden, dass die Streitverkündete mathematisch zwingend den Zuschlag erhalten müsse, wenn sie bei allen übrigen 16 Auswahlkriterien mit ihrem Angebot das Kreuz an der richtigen Stelle setze. Bezüglich der unzulässigen Gestaltung der weiteren Auswahlkriterien werde auf den erstinstanzlichen Vortrag verwiesen, zumal sich auch das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung damit nicht näher auseinandergesetzt habe.

- 19 Die Eignung der Streithelferin habe die Klägerin zu Recht gerügt und darauf hingewiesen, dass diese nach eigenen Angaben aktuell nur über sieben für den Stromnetzbetrieb qualifizierte Mitarbeiter verfüge. Soweit das Landgericht ausführe, dies sage nichts über die Auslastung der Mitarbeiter der Streithelferin aus, wenn die Klägerin als aktuelle Netzbetreibern zugleich die Zahl der für das streitgegenständliche Netzgebiet benötigten Mitarbeiter mit 3,8 angebe, widerspreche es jeder Lebenserfahrung, dass mehr als die Hälfte der insgesamt aktuell nur sieben für den Stromnetzbetrieb qualifizierten Mitarbeiter der Streithelferin schlechterdings nichts zu tun hätten und nur darauf warteten, den Stromnetzbetrieb der Beklagten übernehmen zu können. Der des Landgerichts, die Streithelferin könne auch externe Dienstleister beauftragen, lasse hinsichtlich des An-

gebots der Streithelferin jedes Personalkonzept vermissen. Die positive Feststellung der Eignung der Streithelferin beruhe damit einzig auf dem „Prinzip Hoffnung“, dass diese willens und in der Lage sei, das Problem ihrer aktuell unzureichenden personellen Ressourcen irgendwie zu lösen. Auch hier stelle sich erneut und umso dringender die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Gestaltung eines wettbewerbsrechtlichen Auswahlverfahrens.

- 20 Im Hinblick auf die Rüge der ungenügenden Akteneinsicht aufgrund Schwärzungen im Zusammenhang mit dem Angebot der Streithelferin zum Kriterium Preisgünstigkeit macht die Klägerin geltend, das Landgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass die große Bedeutung dieses Kriteriums bei der Interessenabwägung als zweiter Prüfungsschritt für die Akteneinsicht ohne Bedeutung sei. Zu Unrecht gehe das Landgericht davon aus, Kausalitätserwägungen hätten bei der Entscheidung der Gemeinde über die Akteneinsicht keinen Platz. Im vorliegenden Fall hänge die gesamte Zuschlagsentscheidung an der Wertung eines einzigen Kriteriums, der Preisgünstigkeit. Dies sei in der Verfahrensgestaltung angelegt gewesen. Jedenfalls in dieser Situation führe das Landgericht zu Unrecht aus, die grundsätzlich dem gerichtlichen Verfahren überlassenen Kausalitätserwägungen dürften nicht antizipiert werden.
- 21 Außerdem gehe das Landgericht zu Unrecht davon aus, dass die Beklagte das Angebot der Klägerin beim Unterkriterium Preisgünstigkeit mit null Punkten habe bewerten dürfen. Zwar treffe es zu, dass die Angebote der Bieter vergleichbar sein müssten. Dies setze aber keine vollständige Identität bei allen preisbildenden Faktoren voraus. Das Landgericht habe verkannt, dass es gegen das Diskriminierungsverbot verstoße, wenn einzelne Beanstandungen, seien sie berechtigt oder nicht, als Vorwand für eine Bewertung mit null Punkten herangezogen würden und dies, obwohl die Aussagekraft der klägerischen Entgeltkalkulation durch die genannten Punkte nicht substantiell beeinträchtigt werde. Angesichts dieser Umstände dränge sich die Frage auf, ob die Abstrafung des Angebots der Klägerin mit null Punkten nicht unverhältnismäßig sei. Diese Frage habe sich das Landgericht stellen müssen. Tatsächlich sei die Preiskalkulation der Klägerin nicht derart unbrauchbar gewesen, dass sie – gegebenenfalls unter Berücksichtigung entsprechender Sicherheitszuschläge – von vornherein aus der Wertung hätte genommen werden müssen. Hierfür habe die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen.
- 22 Die Klägerin beantragt, in Abänderung des Urteils des Landgerichts Mannheim vom 9.6.2021 wird der Beklagten unter Androhung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, untersagt, aufgrund des Beschlusses des Gemeinderates vom 21.7.2020 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilernetzes der allgemeinen Versorgung für ihr Gemeindegebiet (“Stromkonzessionsvertrag“) mit der [Streith.] abzuschließen.
- 23 Die Beklagte und deren Streithelferin beantragen, die Berufung zurückzuweisen.
- 24 Die Beklagte verteidigt die Entscheidung des Landgerichts. Sie macht geltend, die von der Klägerin vorgebrachten Verfahrensaspekte könnten nach dem dreistufigen Rügeregime des § 47 EnWG im Verfahrensstadium der Auswahlentscheidung nicht mehr geltend gemacht werden, da sie bereits vollumfänglich aus den Verfahrensunterlagen ersichtlich gewesen seien. Im Übrigen trage die Klägerin nicht substantiiert vor, inwieweit sie im Rahmen der Auswahlentscheidung in ihren Rechten verletzt sein solle. Die von

der Klägerin vorgetragene Aspekte betreffen alle Bieter gleichermaßen. Eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle sehe § 47 EnWG nicht vor. Die Beklagte habe Kriterien und Bewertungsmethode in der durch das Senatsurteil vom 28.8.2019 rechtskräftig bestätigten Fassung unterschiedslos auf alle eingegangenen Angebote angewendet und danach das Bestangebot ermittelt. Die Bewertung sei der Klägerin mit dem Auswertungsvermerk zugänglich gemacht worden, konkrete Beanstandungen zu den Bewertungserwägungen trage die Berufung nicht vor. Keiner von der Klägerin geltend gemachten Aspekte könne zu einer Änderung der Bieterreihenfolge führen. Mit den Rügen zur Verfahrensgestaltung sei die Klägerin präkludiert, diese habe sie bereits mit einer Vielzahl von Rügen angegriffen, die der Senat mit Urteil vom 28.8.2019 zurückgewiesen habe. Darüber hinaus habe das Landgericht zu Recht festgestellt, dass die Rügen in der Sache nach wie vor unbegründet seien. Zum Vorwurf gegen die Eignung der Streithelferin zeige die Berufung nicht auf, inwieweit die Beklagte die vorab mitgeteilten Eignungsanforderungen fehlerhaft angewendet haben soll. Mit der Berufungsbegründung werde auch nicht ausgeführt, inwieweit die Akteneinsicht zu Unrecht verkürzt worden sein solle. Das Landgericht habe die Prüfung und die Abwägungsentscheidung der Beklagten als fehlerfrei bestätigt. Auch ein Bewertungsfehler bei der Wertung des Angebots der Klägerin beim Unterkriterium Preisgünstigkeit habe die Klägerin mit ihrer Berufung nicht aufgezeigt. Die von der Klägerin angeführten Möglichkeiten „gegebenenfalls unter Berücksichtigung entsprechender Sicherheitszuschläge“ Unschärfen bei dem einen oder anderen Detailspekt zu berücksichtigen, widerspreche den Anforderungen des Senats an die Vergleichbarkeit von Netzentgeltprognosen.

- 25 Darüber hinaus sei der Antrag der Klägerin zu unbestimmt und zu weit gefasst. Es sei nicht erkennbar, wie die Beklagte den Beanstandungen der Klägerin im Rahmen der Auswahlentscheidung abhelfen könne. Eine Wiederholung der Angebotsbewertung könnte allenfalls anhand der vorliegenden Angebote und auf der Grundlage der allen Bietern mitgeteilten und vom Senat bestätigten Bewertungskriterien erfolgen. Aspekte, die eine Änderung der Bieterreihenfolge rechtfertigten, habe die Klägerin aber nicht geltend gemacht, so dass die beantragte Tenorierung nicht vollstreckbar wäre.
- 26 Im Übrigen sei entgegen dem Vortrag der Klägerin keineswegs absehbar gewesen, dass die Beklagte drei Angebote erhalten werde, die jeweils auf die oberste Wertungsstufe abzielten und damit deutlich über die gesetzlichen Mindestanforderungen für den Stromnetzbetrieb hinausgingen.
- 27 Die Streithelferin ergänzt diesen Vortrag im Hinblick auf ihre eigene Leistungsfähigkeit dahin, dass sie angeboten habe, was sie tatsächlich zu leisten im Stande sei und entsprechend verbindlich zusagen könne. Der Eignungsnachweis liege in der Anlage AG 10 vor. Im Übrigen sei der Betrieb des Versorgungsnetzes auch zertifiziert. Zu Recht habe das Landgericht festgestellt, am Personalkonzept der Streithelferin bestünden keine Zweifel. Mit ihren vorhandenen Ressourcen sei sie ohne weiteres in der Lage, das Stromversorgungsnetz im streitgegenständlichen Konzessionsgebiet zu betreiben. Sie verfüge über mehr als 50 Mitarbeiter, im technischen Bereich seien 25 Personen beschäftigt. Davon seien vier langjährige und erfahrene Meister sowie zwei Ingenieure, welche die einzelnen Versorgungssparten leiteten. Die Qualität im Bereich Planung, Bau und Betrieb der Stromversorgungsnetze werde von zwei Elektromeistern sowie fünf Facharbeitern sichergestellt. Die technische Gesamtverantwortung obliege dem technischen Leiter, ein weiterer Elektriker arbeite im technischen Bereich des Unternehmens, welcher ebenfalls eingesetzt werden könne. Alle technischen Mitarbeiter verfügten über eine spartenspezi-

fische Ausbildung und langjährige Berufserfahrung sowie einen Wohnort im Versorgungsgebiet oder in unmittelbarer Nähe. Die Bewertung des Angebots der Streithelferin sei nicht zu beanstanden. Die Akteneinsicht sei im weitest möglichen Umfang gewährt worden. Die Schwärzungen seien zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Streithelferin geboten, es handle sich gleichsam um den Kernbestand kaufmännischen Wissens. Das Argument, die überragende Bedeutung des Kriteriums der Preisgünstigkeit müsse die Entscheidung über das Akteneinsichtsrecht prägen, habe das Landgericht zu Recht abgelehnt. Hinsichtlich der Verfahrensgestaltung bestünde eine Bindungswirkung durch das Urteil des Senats vom 28.8.2019.

28 Auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen der Parteien wird ebenso verwiesen wie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 22.12.2021.

## II.

29 Die zulässige Berufung der Klägerin im Verfahren der einstweiligen Verfügung nach § 47 Abs. 5 EnWG hat in der Sache keinen Erfolg.

30 1. Der Klageantrag ist allerdings hinreichend bestimmt. Er ist dahin auszulegen, dass die Klägerin in der Berufungsinstanz weiterhin geltend macht, der Beklagten zu untersagen, aufgrund des Beschlusses des Gemeinderats vom 21.7.2020 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilernetzes der allgemeinen Versorgung für ihr Gemeindegebiet („Stromkonzessionsvertrag“) mit der [Streith.] zu schließen im Hinblick auf folgende Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung

31 - die Wettbewerbsgestaltung des Konzessionsverfahrens und der weiteren Rügen bezüglich der Ausgestaltung einzelner Auswahlkriterien

32 - Unzureichende Eignung der Streithelferin

33 - Falsche Wertung des Angebots der Streithelferin bezüglich der maximalen Reaktionszeit im Störfall

34 - Falsche Wertung des Angebots der Preisgünstigkeit bezüglich des Angebots der Klägerin und der Streithelferin

35 - unzureichende Gewährung der Akteneinsicht wegen Schwärzungen im Angebot der Streithelferin zum Kriterium Preisgünstigkeit.

36 Bereits im Urteil v. 28.8.2019 im Verfahren 6 U 109/18 Kart hat der Senat ausgeführt, dass für die hinreichende Bestimmtheit des Antrags im Verfahren nach § 47 EnWG zu fordern ist, dass der Antrag den gerügten Rechtsverstoß konkret benennt (§ 253 ZPO). Der Gegenstand der Rüge ist nach der zur Auslegung des Antrags heranzuziehenden Begründung der Antragschrift bestimmbar und vom Landgericht zutreffend erfasst worden. Eine insoweit klarstellende bestimmte Fassung eines etwaigen Verpflichtungs-/Verbotstenors von Amts wegen wäre dem Senat im Verfügungsverfahren im Rahmen der Anwendung nach § 938 ZPO möglich.

37 2. Das von der Klägerin betriebene einstweilige Verfügungsverfahren ist als solches grundsätzlich auch zulässig. Gemäß § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und ist das einstweilige Verfügungsverfahren damit als statthafte Verfahrensart zur Sicherung

der Stellung des am Verfahren zur Vergabe von Wegenutzrechten beteiligten Unternehmen normiert.

- 38 3. Dem Erfolg des Antrags steht weiter eine etwaige eingetretene Präklusion der im Verfahren verfolgten Rügen nicht entgegen. Die Fristerfordernisse des § 47 EnWG sind eingehalten.
- 39 a) Nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG sind Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind, innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Erfolgt eine Akteneinsicht nach Abs. 3, beginnt die Frist nach Satz 3 für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat. Diese Frist ist vorliegend eingehalten:
- 40 Die Beklagte hat die Auswahlentscheidung der Klägerin gemäß dem Schreiben (ohne Datum) gemäß Anlage ASt 4 mitgeteilt. Die Klägerin hat im Anschluss einen Antrag auf Akteneinsicht mit Schreiben vom 29.7.2020 gestellt, die die Beklagte am 18.1.2021 gewährt hat (Anlage AG 5). Das Rügeschreiben ist der Beklagten am 16.2.2021 und damit innerhalb der Dreißigtagefrist zugegangen (Anlage ASt 6). Über die Einhaltung dieser Fristen streiten die Parteien zu Recht nicht.
- 41 b) Nach § 47 Abs. 4 EnWG hat die Gemeinde das rügende Unternehmen im Fall der Nichtabhilfe der Rüge in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen. Nach § 47 Abs. 5 EnWG kann im Anschluss das beteiligte Unternehmen gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information der Nichtabhilfe vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Auch diese Frist ist im Streitfall eingehalten:
- 42 Die Zurückweisung der Rügen der Klägerin hat die Beklagte mit Schreiben vom 15.3.2021 (Anlage ASt 7) erklärt; die gerichtliche Geltendmachung ist durch Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung am 30.3.2021 - und damit am 15. Tag - erfolgt.
- 43 4. In das gerichtliche Verfahren können nur die mit Rügeschreiben vom 16.2.2021 gerügten Rechtsverletzungen gelangen, denen die Beklagte nicht abgeholfen hat. Darüberhinausgehende Rügen können nach dem Fristenregime und dem Wortlaut des § 47 Abs. 5 EnWG („gerügte Rechtsverletzungen“) nicht Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens nach § 47 EnWG sein.
- 44 Soweit die Klägerin rügt, die Gestaltung des Konzessionsverfahrens vor der Auswahlentscheidung und die Gewichtung einzelner Auswahlkriterien stellten Rechtsverletzungen dar, ist sie mit dieser Rüge ausgeschlossen.
- 45 Nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG können nach der Auswahlentscheidung im Verfahren nach § 47 EnWG nur Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung gerügt werden, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind. Rechtsverletzungen, die bereits aufgrund der Bekanntmachung der Ausgestaltung des Auswahlverfahrens mit den vorangegangenen Verfahrensbriefen erkennbar waren, müssen nach § 47 Abs. 2 EnWG innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang gerügt werden. Dies bedeutet, dass die in der vorangegangenen Stufe rügbaren Rechtsverletzungen nicht erstmals - und im Fall ihrer erfolglosen Geltendmachung (§ 47 Abs. 2 Satz 1, 2) ggf. einschließlich erfolglosen einstweiligen Rechtsschutzantrags (§ 47 Abs. 5 EnWG) auch nicht erneut - in der nachfolgenden Stufe geltend gemacht werden können. Die hier vorge-

brachte Rüge gegen die Verfahrensgestaltung richtet sich aber nicht gegen die Auswahlentscheidung im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG, sondern gegen die im ersten Verfahrensbrief beschriebene Gestaltung des Konzessionsverfahrens. Mit diesen Rügen haben sich die Beklagte, das Landgericht und zuletzt der Senat im Verfahren 6 U 109/18 Kart zuvor bereits befasst und wurde die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim, mit dem die Rügen zurückgewiesen worden sind, zurückgewiesen. Nach dem Gesetzeszweck ist es Ziel des Präklusionsregimes, die Konflikte im Rahmen des Auswahlverfahrens abzuschichten und in einzelnen Verfahrensabschnitten zu lösen, indem alle aus den Verlautbarungen der Gemeinde jeweils erkennbare Rechtsverstöße möglichst frühzeitig beseitigt oder – durch die Präklusionswirkung – von der Rechtmäßigkeitsprüfung in einem späteren Verfahrensstadium der einstweiligen Rechtsschutzmöglichkeiten ausgenommen werden. Der Zweck der Klärung streitiger Fragen in einem frühen Stadium des Konzessionsverfahrens wäre verfehlt, wenn in einem späteren Stadium bereits zuvor erkennbare Umstände nach deren Zurückweisung im Verfahren nach § 47 EnWG erneut geltend gemacht werden könnten. Denn durch die Einführung des § 47 Abs. 5 EnWG ist es nicht nur möglich, im laufenden Konzessionsverfahren eine Unterbrechung des Verfahrens zur gerichtlichen Überprüfung und ggf. Rückversetzung zur Beseitigung eines festgestellten Rechtsfehlers zu erreichen (vgl. Theobald/Schneider in: Theobald/Kühling, Energierecht, 112. EL Juni 2021, § 47 EnWG Rn. 50), sondern nach § 46 Abs. 6 EnWG darf sogar ein Vertrag nach § 46 Abs. 2 EnWG erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 3 und Absatz 5 Satz 1 geschlossen werden. Dadurch soll sowohl für Bewerber als auch für Gemeinden frühzeitig Rechtssicherheit hergestellt werden (Kment/Huber, EnWG, 2. Auf., § 47 Rn. 28; Theobald/Schneider aaO § 47 Rn. 50). Dabei bedarf es im vorliegenden Rechtsstreit keiner Entscheidung, ob diese zurückweisende Entscheidung in einem Rechtsstreit gem. § 47 Abs. 5 EnWG trotz des Charakters eines Eilverfahrens in materielle Rechtskraft erwächst (vgl. zum Streitstand: Theobald/Schneider aaO § 47 Rn. 52). Denn die früher erfolglos erhobenen Rügen können jedenfalls in dem hier geltend gemachten abgestuften Verfahren nach § 47 EnWG im Rahmen eines erneuten Verfügungsverfahrens nicht mehr als Rechtsverletzung im Rahmen der Auswahlentscheidung i.S. des § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG geltend gemacht werden, da es sich insoweit um eine (behauptete) Rechtsverletzung nach § 47 Abs. 2 Satz 1 oder 2 EnWG und nicht nach Satz 3 EnWG handelt.

- 46 Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, dieser Rechtsansicht stünden jedenfalls im Streitfall drei Umstände entgegen: Zum einen sei die Zuschlagsentscheidung letztlich allein aufgrund der Wertung beim Auswahlkriterium Preisgünstigkeit erfolgt, zum anderen seien alle anderen Auswahlkriterien für die Zuschlagsentscheidung ohne Belang und schließlich habe die Streithelferin ihre vertragliche Zusage bei Angebotslegung im starken Vertrauen auf eine spätere gesellschaftsrechtliche Verflechtung mit der Beklagten abgeben können.
- 47 Der Umstand, dass die Zuschlagsentscheidung letztlich aufgrund der Wertung bei einem Auswahlkriterium erfolgt, ist eine bereits in den Auswahlkriterien angelegte Folge der Abgabe der Angebote der an der Ausschreibung Teilnehmenden und keine neue Tatsache, die eine neue Überprüfung der Auswahlkriterien nach sich zieht. Auch soweit die Klägerin meint, abgesehen von der Preisgünstigkeit seien alle anderen Auswahlkriterien ohne Belang, bedingt dies keine erneute Überprüfung der Auswahlkriterien. Denn auch dies ist Folge der abgegebenen Angebote der Bieter. Soweit die Klägerin meint, der Umstand, dass die Beklagte sich bei der Streithelferin gesellschaftsrechtlich beteiligen wolle, habe dieser bei Angebotslegung bei deren vertraglichen Zusagen zu einem starken

Vertrauen verhofen, führt ebenfalls nicht zu anderen Beurteilung. Anhaltspunkte dafür, dass die Streithelferin in ihrem Angebot Zusagen getroffen hatte, die sie nicht einhalten kann, aber im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Beteiligung gleichwohl zugesagt hat, sind nicht ersichtlich.

- 48 Die von der Klägerin aufgezeigten Umstände der Angebotsgestaltung waren daher bereits im vorausgegangenen Verfahren geprüft und jedenfalls im Rahmen des Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG endgültig beschieden worden. Die Anwendung der Auswahlkriterien und der hier im Auswahlverfahren aufgetretene Umstand, dass sich die drei Bieter lediglich bei einem Kriterium unterscheiden, begründet keine erneute Überprüfung der gerügten Rechtsverletzungen.
- 49 5. Bereits in dem zwischen den Parteien ergangenen Urteil v. 28.8.2019 (6 U 109/18 Kart) hat der Senat im Einzelnen ausgeführt, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Gemeinden als marktbeherrschenden Anbietern der Wegenutzungsrechte iSv. § 46 Abs. 2 EnWG in ihrem Gebiet gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB untersagt ist, ihre marktbeherrschende Stellung durch unbillige Behinderung der Bewerber um den Abschluss eines Konzessionsvertrags missbräuchlich auszunutzen. Die Gemeinden sind vielmehr nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 Rn. 16 ff., 34 ff. – Stromnetz Berkenthin). Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen, leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren. Hierauf und auf die Ausführungen zu den sich aus Art. 28 Abs. 2 GG ergebenden Grenzen der Überprüfung des Spielraums der Gemeinde wird verwiesen. Dies gilt auch für das Stadium der Auswahlentscheidung.
- 50 6. Ohne Erfolg wendet sich die Klägerin gegen die Zurückweisung der Rüge, mit der sie geltend gemacht hat, die Beklagte habe das Angebot der Streithelferin bereits wegen deren fehlender Eignung ausschließen müssen.
- 51 Das Landgericht hat in seinem Urteil ausgeführt, dass die Beklagte in Ziff. VI.1.3b des ersten Verfahrensbriefes die Eignungskriterien und die Anforderungen an deren Nachweis in zulässiger Weise konkretisiert habe. Dort wird ausgeführt:
- 52 „Vorlage einer vorhandenen Netzbetriebsgenehmigung nach § 4 EnWG für ein vergleichbares Stromverteilnetz [...], ergänzt um eine fundierte und glaubhafte Darlegung, dass der Bieter in der Lage ist, das Stromverteilernetz im Konzessionsgebiet zusätzlich zu übernehmen und ordnungsgemäß zu betreiben.“
- 53 Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass der der Gemeinde bei der Prognoseentscheidung über die Eignung eines Unternehmens zustehender Beurteilungsspielraum nur daraufhin überprüft werden kann, ob sie diese selbst aufgestellten Vorgaben beachtet, das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, den zugrunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat.
- 54 Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass im Streitfall der Bewertungsspielraum nicht überschritten worden ist. Die Streithelferin hat einen Eignungsnachweis vorgelegt

(Anlage AG 10), der – wie auch das Landgericht ausführt – nach der nicht zu beanstandenden Beurteilung der beklagten Gemeinde eine fundierte und glaubhafte Darlegung umfasst, dass die Streithelferin in der Lage ist, das Stromverteilernetz im Konzessionsgebiet zusätzlich zu übernehmen und ordnungsgemäß zu betreiben. Darüber hinaus hat das Landgericht zu Recht darauf abgestellt, dass im Übrigen die Streithelferin seit 20 Jahren in unmittelbarer Nähe ein strukturell vergleichbares, deutlich größeres Stromnetz betreibt, nämlich das Netz der Stadt [X.]. Vor diesem Hintergrund durfte die Gemeinde auf weitere Nachweise oder Glaubhaftmachungsmittel verzichten, die die Angaben in der Bewertung unterlegen. Soweit die Streithelferin angibt, sie beabsichtige ohne zusätzliche Mitarbeiter auszukommen, stellt dies ihre Eignung nicht infrage. Die Streithelferin hatte beschrieben, dass sie durch die Übernahme des Netzgebietes in der Lage sei, ihre bestehenden Ressourcen effizienter auszulasten und Kosteneinsparungen zu erzielen, welche zu einer Reduktion der Netznutzungsentgelte führten. Dies käme den Einwohnern sowohl im Versorgungsgebiet [X.] als auch in [Bekl.] (dem hier ausgeschriebenen Gebiet) zugute. Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte keinen Grund gehabt habe, diese Angaben anzuzweifeln. Konkrete Zweifel hätten sich – so das Landgericht – auch nicht daraus ergeben, dass die Klägerin für den Fall der Netzübernahme die Schaffung von rechnerisch 3,8 zusätzlichen Stellen einkalkuliert habe. Denn dies sage nichts über die Auslastung der Mitarbeiter der Streithelferin in [X.] aus. Im Übrigen habe die Streithelferin jederzeit die Möglichkeit, Personal aufzustocken oder, wie in der Eingangseignungsbeschreibung angekündigt, externe Dienstleister zu beauftragen.

- 55 Gegen diese Beurteilung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung ohne Erfolg. Die Klägerin macht geltend, die Streithelferin habe aktuell nur sieben für den Stromnetzbetrieb qualifizierte Mitarbeiter und es widerspreche jeder Lebenserfahrung, dass mehr als die Hälfte dieser Mitarbeiter schlechterdings nichts zu tun hätten und nur darauf warteten, den Stromnetzbetrieb der Beklagten zu übernehmen. Sie meint, auf dieser Grundlage beruhe die Feststellung der Eignung der Streithelferin einzig auf dem „Prinzip Hoffnung“. Dem kann nicht gefolgt werden. Im Hinblick auf die örtliche Nähe der Netze zueinander erscheint die Beurteilung der Beklagten, die Angabe der Streithelferin zur Ausnutzung zusätzlicher Ressourcen plausibel und widerlegt daher nicht deren Eignung, innerhalb des der Beklagten als Gemeinde zustehenden Beurteilungsspielraum zu liegen.
- 56 7. Ohne Erfolg wendet sich die Klägerin gegen die Zurückweisung der Rüge bezüglich der Bewertung des Angebots der Streithelferin. Dabei lässt sie offen, ob die Fragen bei der Eignung der Streithelferin oder bei der Bewertung von deren Angebot berücksichtigt werden (BB S. 13, 4. Abs. a.E.).
- 57 Soweit die Klägerin geltend macht, die Netzentgeltprognose der Streithelferin hätte als unplausibel angesehen werden müssen, weil diese auf einer zu geringen Mitarbeiterzahl beruhe, hat das Landgericht den Einwand zu Recht zurückgewiesen. Auf die Begründung und die obigen Ausführungen wird zu Bezug genommen (LGU Seite 13). Gleiches trifft auf die Ausführungen im LGU auf Seite 14 oben zu, soweit die Klägerin in der Antragschrift „materiell-rechtliche Fehler“ geltend gemacht hatte.
- 58 Soweit die Klägerin rügt, das Angebot der Streithelferin habe bezüglich des Kriteriums „maximale Reaktionszeit im Störfall“ geringer bewertet werden müssen, hat das Landgericht dies offengelassen. Die Beurteilung ist aber auch unter Zugrundelegung einer Anfahrtszeit nicht außerhalb des Beurteilungsspielraumes der beklagten Gemeinde, zumal

im Hinblick auf die örtliche Nähe plausibel ist, dass Mitarbeiter der Streithelferin im Versorgungsgebiet oder in unmittelbarer Nähe wohnen.

- 59 8. Ohne Erfolg greift die Klägerin mit ihrer Berufung an, dass das Landgericht ihre Rüge zur Null-Punkte-Bewertung ihres eigenen Angebots zum Kriterium Preisgünstigkeit nicht hat durchgreifen lassen. Hierzu hat das Landgericht zum einen ausgeführt, dass selbst bei voller Wertung der angebotenen Netzentgelte das Angebot der Klägerin bei der Zahl der Wertungspunkte hinter dem Angebot der Streithelferin zurückbleibe (LGU Seite 21 unten/22 oben) und zum anderen, dass die Klägerin nicht glaubhaft zu machen vermochte, dass ihre Netzentgeltprognose mit mehr als null Punkten in die Wertung hätte gelangen müssen. Gegen die Kausalitätserwägung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufungsbegründung nicht ausdrücklich. Im Übrigen macht sie geltend, die Anforderungen seien rechtswidrig überzogen gewesen und sie habe anderweitig ausreichend Angaben gemacht, die eine Plausibilitätsprüfung der Netzentgelte ermöglicht habe. Die Klägerin meint, das Landgericht habe verkannt, dass es gegen das Diskriminierungsverbot verstoße, wenn einzelne Beanstandungen, seien sie berechtigt oder nicht, als Vorwand für eine Bewertung mit null Punkten herangezogen würden und dies, obwohl die Aussagekraft der klägerischen Entgeltkalkulation durch die genannten Punkte nicht substantiell beeinträchtigt werde. Das Landgericht habe nicht geprüft, ob die „Abstrafung“ des Angebots der Klägerin mit null Punkten unverhältnismäßig sei. Sie meint, die Ausführungen der Klägerin zur Preiskalkulation seien keineswegs derart unbrauchbar, dass sie - gegebenenfalls unter Berücksichtigung entsprechender Sicherheitszuschläge - von vornherein aus der Wertung genommen werden mussten. Hierauf kann sich die Berufung nicht mit Erfolg stützen. Auf die Kausalitätserwägungen des Landgerichts kommt es daher nicht an: Ausführlich hat das Landgericht begründet, dass die Klägerin unter anderem nicht die geforderten Unterlagen zur Überprüfung der mitgeteilten und vorgelagerten Netzkosten 2016 vorgelegt habe. Die zur Überprüfung notwendigen Angaben wie etwa bezogene Jahresarbeit und Jahreshöchstleistung seien nicht bereitgestellt worden. Die im Verfahren gemachten Angaben seien nicht brauchbar, um damit die vorgelagerten Netzkosten zu prüfen. Dies hat das Landgericht im Einzelnen begründet (Anlage LGU 22 unten), ohne dass dem die Klägerin in der Berufungsbegründung mit Substanz entgegengetreten ist. Zu Recht führt das Landgericht aus, dass die Beklagte als Gemeinde ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die Netzentgeltprognosen der Bieter nach einheitlichen Vorgaben erstellt sind, um die gewonnenen Ergebnisse miteinander vergleichen zu können. Dies war trotz der Vorgaben im Verfahrensbrief, die der Senat mit seinem Urteil vom 28.8.2019 (6 U 109/18 Kart Rn. 183 ff.) als rechtmäßig beurteilt hatte, aber nicht der Fall. Die Bewertung des Angebots der Klägerin verstößt insoweit auch nicht gegen das Übermaßverbot und war nicht unverhältnismäßig. Denn für die Gleichbehandlung durch die Beklagte ist Voraussetzung die Einhaltung der einheitlichen Vorgaben, um anschließend die gewonnenen Ergebnisse miteinander vergleichen zu können. Daher war es gerechtfertigt, das Angebot der Klägerin insoweit mit null Punkten bewerten.
- 60 9. Und schließlich beanstandet die Klägerin ohne Erfolg die Gewährung der Akteneinsicht in die Auswahlentscheidung bzgl. des Angebots der Streithelferin zum Kriterium Preisgünstigkeit mit Teilschwärzungen. Dabei beanstandet die Klägerin nicht, dass die Beklagte auf einer ersten Prüfungsstufe die in Rede stehenden geschwärtzten Daten der Streithelferin als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis eingestuft hat (BB Seite 13). Unzutreffend gehe das Landgericht - so die Klägerin - jedoch davon aus, dass die Geschäftsgeheimnisse des obsiegenden Bieters im Fall der überragenden Bedeutung, die dem Kriterium der Preisgünstigkeit nach der gewählten Verfahrensgestaltung für die Auswahl

lentscheidung zukomme, in dieser Lage nicht zurücktreten müsse (LGU 19 unten ff).  
Rechtlich macht sie damit geltend, die Versagung der Akteneinsicht sei insoweit nach § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG „nicht geboten“ gewesen. Das Landgericht hat angenommen, dass für die Abwägung auf Seiten der Gemeinde nicht darauf abgestellt werden könne, ob es in einem etwa nachgeschalteten gerichtlichen Verfahren tragend auf die vom Geheimnisschutz betroffenen Gesichtspunkte ankomme. Denn die Akteneinsicht sei nach § 47 EnWG einem gerichtlichen Rechtsschutz vorgelagert, diene der Vorbereitung einer Rüge und solle dem unterlegenen Bewerber gerade erst Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich machen, die eine Verletzung in seinen Rechten begründen könne. Vor diesem Hintergrund habe die Gemeinde abwägungsfehlerfrei über das Akteneinsichtsgesuch entschieden. Ein In-Camera-Verfahren sei dem Zivilprozess fremd und die erklärte Geheimhaltungsverpflichtung – dahingestellt, ob diese rechtzeitig angeboten worden sei – sei jedenfalls erkennbar ungenügend, da es an einer engen Beschränkung der eingeweihten Personen und einer Sanktion im Fall eines Verstoßes fehle. Auch hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung nicht im Einzelnen. Soweit sie ausführt, die alleinige Relevanz der Bewertung beim Kriterium Preisgünstigkeit sei für die Zuschlagsentscheidung dem Verfahren auf die Stirn geschrieben gewesen, stellt dies letztlich die Richtigkeit der Abwägung nicht infrage.

- 61 Mit Schriftsatz v. 9.12.2021 macht sie unter Verweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs v. 7.9.2021 EnZR 29/20 – Gasnetz Rösrath, nach der dem unterlegenen Bieter grundsätzlich eine ungeschwärzte und vollständige Kopie des Auswertungsvermerks zu überlassen sei, geltend, dies sei ausweislich der Anlage AG 11 hier nicht der Fall gewesen. Beim entscheidenden Kriterium Preisgünstigkeit habe die Beklagte alle wesentlichen Ausführungen im Auswertungsvermerk geschwärzt, aus denen die Klägerin hätte prüfen können, ob das Angebot der Streithelferin in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Verfahrensbriefes gelegen und zutreffend bewertet worden sei. Hierauf kann die Klägerin ihre Berufung – die Richtigkeit ihres Vortrages unterstellt – nicht mit Erfolg stützen. Hierauf gestützt kann sie im Streitfall eine Verletzung eigener materieller Rechte nicht geltend machen. Denn zu einem günstigeren Ergebnis für die Klägerin könnte der Berufungsangriff selbst bei Einsicht in die ungeschwärzten Teile und der Bewertung des Kriteriums der Preisgünstigkeit der Streithelferin im Extremfall mit null Punkten nicht führen, da die Summe der Gesamtanzahl der Punkte – wie in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert – allenfalls zu einem Gleichstand zwischen der Klägerin und der Streithelferin und einem Vorrang eines weiteren Bieters (Bieter A) führen würde. Dass die Klägerin die Bewertung des Angebots des dritten Bieters durch die Beklagte mit einer Rüge im gerichtlichen Verfahren angegriffen hat, ergibt sich weder aus dem angegriffenen Urteil noch aus der Berufungsbegründung. Eine Rüge der Klägerin, dass dann der dritte Bieter statt der Streitverkündeten den Zuschlag erhalten müsste, stellt aber keine von der Klägerin rügbare Verletzung eigener Rechte dar.
- 62 10. Nach alledem bleibt die Berufung der Klägerin ohne Erfolg. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens ergibt sich aus § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO; eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit und über die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst (§ 542 Abs. 2 ZPO).