

Gericht: Brandenburgisches Oberlandesgericht Kartellsenat
Entscheidungsdatum: 30.08.2022
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 17 U 1/21 Kart
ECLI: ECLI:DE:OLGGBB:2022:0830.17U1.21KART.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 

Zitiervorschlag: Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 30. August 2022 - 17 U 1/21 Kart -, juris

Verfahrensgang

vorgehend LG Potsdam, 24. November 2020, 52 O 88/19

Tenor

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Potsdam vom 24.11.2020, Az. 52 O 88/19, wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist rechtskräftig.

Gründe

I.

- 1 Die Verfügungsklägerin nimmt die Verfügungsbeklagte im Wege einstweiligen Rechtsschutzes auf Unterlassung in Anspruch, den von ihr ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag für den Betrieb des Stromnetzes in ihrem Stadtgebiet mit der P. GmbH (im Folgenden auch: P.) abzuschließen.
- 2 Die Verfügungsklägerin ist ein regionaler Netzbetreiber, die Verfügungsbeklagte ist eine kommunale Gebietskörperschaft im Land B.. Die Verfügungsklägerin hat im Wege der Ausgliederung den Geschäftsbereich Netzbetrieb von der E. AG übernommen, die bis zum 30.06.2011 mit der Verfügungsbeklagten durch einen Stromkonzessionsvertrag verbunden gewesen war. Die P., deren Geschäftsanteile zur Hälfte von der G. AG und im Übrigen von der Stadt Pe., vom Landkreis Pr. und der Stadt B. W. gehalten werden, betreibt das Stromnetz der (zu der Verfügungsbeklagten in 40 km Entfernung benachbarten) Stadt Pe. nebst Ortsteilen.
- 3 Die Verfügungsbeklagte hatte im Juni 2009 ein auf den Neuabschluss des Wegenutzungsvertrages zielendes Auswahlverfahren eingeleitet, in deren Verlauf sie die Konzession zunächst an die P. vergab. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs „Stromnetz Heiligenhafen“ und „Stromnetz Berkenthin“ (KZR 65/12, EnWZ 2014, 268 und KZR 66/12, BGHZ 199, 289) hob sie den schon abgeschlossenen Vertrag auf.

- 4 Unter dem 15.04.2015 gab die Verfügungsbeklagte im elektronischen Bundesanzeiger bekannt, ein neues Auswahlverfahren zum Abschluss des Stromkonzessionsvertrages für das gesamte Stadtgebiet zu beginnen. Auf die Bekanntmachung bekundeten ausschließlich die E. AG und die P. Interesse. Diesen teilte die Verfügungsbeklagte mit 1. Verfahrensbrief vom 13.10.2015 (Anlage ASt 8) die Auswahlkriterien unter Benennung von insgesamt 45 Hauptkriterien, Unterkriterien und Unter-Unterkriterien sowie deren jeweilige Gewichtung mit und erläuterte die Wertungsgrundlagen. Für die Bewertung sollten insgesamt bis zu 1.000 Punkte vergeben werden, aufgeteilt auf die Kriterien „Sicherstellung der Ziele des § 1 EnWG“, „Einflussmöglichkeiten der ...stadt K. zur Sicherstellung der Unterkriterien 1.1. bis 1.6“ und „Rücksichtnahme auf Belange der örtlichen Gemeinschaft im Konzessionsvertrag“. Jedes dieser drei Kriterien war durch Unterkriterien differenziert, die auf einer Punkteskala von 0 bis 10 Punkten zu bewerten waren, wobei das beste Angebot die volle Punktzahl erhalten sollte und die übrigen Angebote eine auf den Erfüllungsgrad bezogen auf das beste Angebot entsprechend niedrigere. Die volle Punktzahl eines Kriteriums sollte bei Gleichwertigkeit auch an mehrere Angebote vergeben werden können. Die Punktzahl war sodann mit einem je nach Unterkriterium bestimmten Gewichtungsfaktor zu multiplizieren. Der Zuschlag war auf das Angebot mit der höchsten Gesamtpunktzahl zu vergeben.
- 5 Beide Interessenten reichten indikative Angebote ein und führten am 16.02.2016 ein Bietergespräch mit der Verfügungsbeklagten, die daraufhin mit 2. Verfahrensbrief vom 26.02.2016 um Abgabe verbindlicher Angebote bis zum 29.04.2016 bat (Anlage ASt 12). Die E. AG und die P. legten fristgerecht verbindliche Angebote vor.
- 6 Die Verfügungsbeklagte ließ diese durch ihre nunmehrigen Verfahrensbevollmächtigten bewerten, wobei das Angebot der E. AG 876 Punkte und dasjenige der P. 959 Punkte erhielt. Auf dieser Grundlage beschloss die Stadtverordnetenversammlung der Verfügungsbeklagten am 28.09.2016, der P. den Zuschlag zu erteilen. Hiergegen wandte sich die E. AG mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, dem in zweiter Instanz der Senat mit Urteil vom 22.08.2017 (6 U 1/17 Kart, EnWZ 2017, 457) stattgab. Der Senat hielt dafür, dass der damaligen Verfügungsklägerin, der E. AG, zwar nicht hinsichtlich der gerügten Verletzungen des Neutralitätsgebots, der für unzulässig gehaltenen funktionalen Ausschreibung und der teils als unzulässig, im Übrigen als intransparent und fehlerhaft gewichtet beanstandeten Auswahlkriterien beizutreten sei. Zu Recht habe die E. AG aber geltend gemacht, die Wertung der Angebote genüge nicht den Anforderungen an ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren.
- 7 Die Verfügungsbeklagte beauftragte daraufhin die R. & Pa. GbR, die Angebote der Verfügungsklägerin und der P. erneut auszuwerten. Zwischenzeitlich war mit Wirkung zum 03.07.2017 die Ausgliederung des Netzbetriebes der E. AG auf die hiesige Verfügungsklägerin erfolgt. In dem von der R. & Pa. GbR unter dem 23.05.2018 vorgelegten Auswertungsgutachten (Anlage ASt 26) wird als Gesamtergebnis eine Bewertung des Angebotes der P. mit 945 Punkten und des der Verfügungsklägerin zuzurechnenden Angebots der E. AG mit 875 Punkten vorgeschlagen. Dabei wird das von der E. AG vorgelegte Angebot in einigen Punkten besser und in anderen schlechter als bei der ersten Auswertung beurteilt. Ausgehend hiervon beschloss die Stadtverordnetenversammlung der Verfügungsbeklagten am 27.06.2018, den Vertrag über die Konzession an die P. zu vergeben. Die Verfügungsbeklagte informierte die Verfügungsklägerin hierüber unter dem 03.09.2018. Zugleich wies sie auf die Möglichkeit der Akteneinsicht gemäß § 47 Abs. 3

EnWG hin. Dem Schreiben war eine teilweise unkenntlich gemachte Ablichtung des Auswertungsgutachtens vom 23.05.2018 beigelegt (Anlage ASt 25).

- 8 Die Verfügungsklägerin beantragte in der Folge Akteneinsicht und erhob Rügen zum Verfahren sowie zur Bewertung der Angebote. Mit Schreiben vom 22.08.2019 half die Verfügungsbeklagte den Beanstandungen hinsichtlich der Bewertung des Unter-Unterkriteriums „Gewährleistung für die Oberflächenwiederherstellung“ insoweit ab, als sie das Angebot der Verfügungsklägerin diesbezüglich mit 8 statt – wie im Auswertungsgutachten vorgeschlagen – mit 7 Punkten wertete. Im Übrigen wies sie mit diesem Schreiben die Rügen der Verfügungsklägerin zurück und stellte klar, dass die Auswahlentscheidung der Stadtverordnetenversammlung vom 27.06.2018 auf dem Auswertungsgutachten vom 23.05.2018 beruht (Anlage ASt 42).
- 9 Mit am 05.09.2019 beim Landgericht eingegangenem Schriftsatz vom 04.09.2019 hat die Verfügungsklägerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt. Sie hat die Ansicht vertreten, gegenüber der Verfügungsbeklagten gemäß § 33 GWB einen Anspruch auf Unterlassung des Abschlusses des Wegenutzungsvertrages mit der P. zu haben, da die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten intransparent sowie diskriminierend erfolgt sei und sie, die Verfügungsklägerin, in ihren Aussichten auf den Erhalt des Wegenutzungsrechts behindere. Die Auswahlentscheidung werde den in der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen nicht gerecht. Danach habe eine besonders sorgfältige Benotung der vorgelegten Konzepte zu erfolgen, um eine gerichtliche Überprüfung zur Verhinderung von willkürlichen und diskriminierenden Auswahlentscheidungen zu ermöglichen. Die Gemeinden hätten ihre Entscheidung so transparent zu begründen, dass die Bewertung nachvollzogen werden könne. Unterschiede in den Angeboten seien nur dann von Bedeutung, wenn und soweit sie die Qualitätsansprüche der Vergabestelle berührten. Nach diesen Maßstäben sei auch die erneute Angebotsauswertung auf Grundlage des Gutachtens vom 23.05.2018 fehlerhaft. Mit der erneuten Bewertung versuche die Verfügungsbeklagte, die Auswahlentscheidung zugunsten der P. ohne die im Urteil des Senats vom 22.08.2017 aufgezeigten Mängel zu bestätigen. Sie habe das Angebot der Verfügungsklägerin in den vom Senat beanstandeten Punkten leicht besser bewertet, dies aber durch schlechtere Bewertungen in anderen Punkten weitgehend kompensiert. Außerdem habe sie unter Berufung auf ihren Beurteilungsspielraum dort, wo sie Vorteile des Angebotes der P. zu erkennen gemeint habe, bei der Wertung des Angebots der Verfügungsklägerin teilweise erhebliche Punktabzüge vorgenommen, während unbestreitbare Vorteile des Angebots der Verfügungsklägerin zu allenfalls geringen Punktabzügen bei dem Angebot der P. geführt hätten. Insgesamt sei die Bewertung ihres Angebots anhand der Auswahlkriterien der Bewertungsmatrix aus im Einzelnen ausgeführten Gründen fehlerhaft. Die hinsichtlich der Wertung des Unterkriteriums 2.4 („Konsultationsrechte der ... stadt K.“) und des Unter-Unterkriteriums 1.1.4 (Instandhaltungsstrategie) zunächst erhobenen Beanstandungen hat die Verfügungsklägerin im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens fallen gelassen. Die Verfügungsklägerin hat beantragt,
- 10 die Verfügungsbeklagte im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft bis zu 2 Jahren, zu unterlassen,
- 11 auf der Basis des Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung vom 27.06.2018 einen Wegenutzungsvertrag nach § 46 Abs. 2 EnWG für die Verlegung und den Be-

trieb von Leitungen, die zu einem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet der ...stadt K., Landkreis O.-R., Land B. gehören, mit der P. GmbH abzuschließen.

- 12 Die Verfügungsbeklagte hat beantragt,
- 13 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.
- 14 Sie hat die Auffassung vertreten, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei mangels Bestimmtheit unzulässig, da ohne die Bezeichnung der einzelnen Rügen im Antrag unklar sei, welche vorgerichtlich erhobenen Beanstandungen die Verfügungsklägerin aufrechterhalte und gegen welche Teile der Auswahlentscheidung sie sich wende. Der Antrag nehme darüber hinaus die Hauptsache vorweg. Er sei aber auch unbegründet. Mit dem Auswertungsgutachten vom 23.05.2018 hätten die Gutachter R. & Pa. GbR eine neutrale Bewertung der Angebote vorgenommen, die allen an eine ordnungsgemäße Dokumentation der Auswertung zu stellenden Anforderungen entspreche. Insbesondere sei danach nachvollziehbar, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen seien. Die diesbezüglichen Bewertungsentscheidungen seien auch daraufhin überprüfbar, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben worden seien; sie seien weder intransparent noch diskriminierend. Bei der Entscheidung, welche Wertigkeit einzelnen Angebotsbestandteilen zuzuweisen sei, also welche Einzelbestandteile der jeweiligen Angebote bei den einzelnen Beurteilungskriterien höher zu gewichten seien als andere und daher als besser zu bewerten seien, stehe ihr, der Verfügungsbeklagten, ein Bewertungsspielraum zu, der vorliegend nicht überschritten sei.
- 15 Mit am 24.11.2020 verkündetem Urteil hat das Landgericht dem Verfügungsantrag stattgegeben, weil das Auswahlverfahren den Anforderungen der § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG, § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1, § 33 Abs. 1, 2 GWB nicht genüge.
- 16 Das Landgericht hat zur Begründung ausgeführt, dass das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache für den statthaft angebrachten Antrag nach § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG i.V.m. §§ 935 ff. ZPO nicht gelte, weil das Verfahren gemäß § 47 EnWG auf eine abschließende Klärung der gerügten Rechtsverstöße ziele.
- 17 Der Antrag sei zulässig, insbesondere innerhalb der Frist des § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG gestellt. Auch sei der Streitgegenstand hinreichend bestimmt. Die im gerichtlichen Verfahren aufrechterhaltenen Rügen hätten nicht im Antrag bezeichnet werden müssen, da das Fristregime der §§ 47 Abs. 2, 46 EnWG vorliegend nur mit den Einschränkungen des § 118 Abs. 23 EnWG Anwendung finde. Der Eintritt der Präklusion setze danach eine Aufforderung des jeweiligen Unternehmens zur Rüge voraus, der gegenüber der Verfügungsklägerin weder in dem Hinweis auf die Möglichkeit der Akteneinsicht in dem Schreiben vom 03.09.2018 zu erblicken noch sonst ersichtlich sei.
- 18 Der Antrag sei auch begründet. Die Verfügungsklägerin könne beanspruchen, dass die Verfügungsbeklagte den Abschluss des in Rede stehenden Wegenutzungsvertrages auf der Grundlage des Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung vom 27.06.2018 mit der P. unterlasse, da auch das erneute Auswahlverfahren auf Grundlage des Auswertungsgutachtens vom 23.05.2018 nicht den Anforderungen nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG, § 33 Abs. 1, 2, § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB genüge, sondern für die Verfügungsklägerin diskriminierend und intransparent sei. Die vergleichende Beurteilung und Bewer-

tung der Angebote werde den Anforderungen an eine nachvollziehbare Darstellung nicht gerecht. Insbesondere sei hinsichtlich der Unter-Unterkriterien „Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen“, „Zügige Durchführung von Störungsbeseitigungen“, „Investitionsstrategie“, „Sicherheitsvorkehrungen zur Vermeidung von Schadensereignissen“, „Örtliche Erreichbarkeit des Netzbetreibers“, „Informationsangebot für Netzkunden“, „Kosteneffizienz“, „Beratung zum Netzanschluss von EEG-Anlagen“, „Strategie zur Netzintegration von EEG-Anlagen“ und „Vermeidung von Straßenaufbrüchen“ nicht erkennbar und nachvollziehbar, welche konkreten qualitativen Angebote der Bewerber aus welchem Grund mit welchen Gewichten in die Benotung eingegangen seien. Es fehle an einer nachvollziehbaren Begründung, warum etwas für besser, schlechter oder gleichwertig gehalten werde. Aufgrund der insofern festzustellenden Bewertungsfehler könne sich in den betreffenden Unter-Unterkriterien eine Differenz von fünf Bewertungspunkten zu Gunsten der Verfügungsklägerin ergeben, sodass unter Berücksichtigung der Gewichtungsfaktoren eine Auswirkung der Bewertungsfehler auf die Vergabeentscheidung nicht ausgeschlossen werden könne.

- 19 Das Urteil, auf das wegen der weiteren Einzelheiten der tatsächlichen Feststellungen und der tragenden Gründe Bezug genommen wird, ist der Verfügungsbeklagten am 30.11.2020 zugestellt worden.
- 20 Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung macht die Verfügungsbeklagte unter Vertiefung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, insbesondere zu den von der Verfügungsklägerin gegen die Bewertung der einzelnen Unterkriterien erhobenen Einwände, geltend, das Landgericht habe den der Kommune bei der Vergabe von Energiekonzessionen zustehenden Beurteilungsspielraum missachtet und ihren Vortrag zu den einzelnen Wertungsentscheidungen unberücksichtigt gelassen.
- 21 Die Verfügungsbeklagte beantragt,
- 22 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Potsdam vom 24.11.2020 (Geschäftszeichen: 52 O 88/19) zurückzuweisen.
- 23 Die Verfügungsklägerin beantragt,
- 24 die Berufung zurückzuweisen.
- 25 Sie verteidigt das angefochtene Urteil mit näherer Darlegung, wobei auch sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft.
- 26 Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie der überreichten Unterlagen Bezug genommen.

II.

- 27 Die nach § 511 Abs. 1 ZPO statthafte Berufung der Verfügungsbeklagten ist gemäß § 511 Abs. 2, §§ 517, 519, 520 ZPO zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Die einstweilige Verfügung ist zu Recht ergangen. Die hiergegen mit der Berufung vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

1.

a)

28 Der Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist gemäß §§ 935 ff. ZPO i.V.m. § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG in der seit 03.02.2017 geltenden Fassung statthaft.

29 Der Antrag der Verfügungsklägerin zielt darauf ab, der Verfügungsbeklagten den Abschluss eines Konzessionsvertrages nach § 46 EnWG auf der Grundlage der als rechtswidrig beanstandeten Auswahlentscheidung zu untersagen. Für ein solches Verfahren gelten gemäß § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

b)

30 Der Antrag ist zulässig. Der Erlass der einstweiligen Verfügung ist innerhalb der Frist nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG beantragt worden. Die Verfügungsklägerin ist als Teilnehmerin am Bieterwettbewerb gemäß § 47 Abs. 5 EnWG antragsbefugt.

31 Auch im Übrigen bestehen Zulässigkeitsbedenken nicht. Insbesondere bildet das in der Antragschrift formulierte Begehren, die Verfügungsbeklagte zur Unterlassung des Abschlusses des Konzessionsvertrages „auf Basis des Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung vom 27.06.2018“ zu verurteilen, das verfolgte Rechtsschutzziel hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ab. Die Formulierung des Antrags lässt erkennen, dass die Verfügungsklägerin sich nicht etwa schlechthin gegen eine Fortführung des Verfahrens bzw. eine Vergabe der Konzession an die P. wendet, sondern die konkret bezeichnete Auswahlentscheidung zur gerichtlichen Überprüfung stellt. Das damit der Sache nach erstrebte Ziel, der Verfügungsbeklagten den Abschluss des Wegenutzungsvertrages befristet zu untersagen, bis in einer erneut vorzunehmenden Auswahlentscheidung über die Vergabe neu bestimmt ist, bedarf nicht der ausdrücklichen Aufnahme in den Antrag. Dieses Anliegen kommt bereits in der Bezugnahme auf den Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 27.06.2018 zum Ausdruck, durch den auf Grundlage des Auswertungsgutachtens der R. & Pa. GbR vom 23.05.2018 entschieden worden ist, den Konzessionsvertrag mit der P. zu schließen.

32 Die Verfügungsklägerin ist auch nicht gehalten, die von ihr erhobenen Rügen in die Form einzelner zu bescheidender Anträge in das Verfügungsverfahren einzubringen (vgl. Senat, Urteil vom 06.04.2021 - 17 U 3/19 Kart, BeckRS 2021, 9340, Rn. 40). Das von der Berufungsbeklagten für ihre gegenteilige Auffassung in Bezug genommene Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 06.06.2019 (2 U 218/18, BeckRS 2019, 14361) rechtfertigt keine andere Wertung. Jener Entscheidung lag ein Antrag zu Grunde, der darauf abzielte, die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu untersagen, bevor die Gegenseite mit näher bezeichneten Schreiben erhobene und weiterverfolgte Rügen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts abgeholfen hat. Eine jener Antragsfassung vergleichbare Unklarheit darüber, was dem Prozessgegner verboten werden soll, besteht bei dem vorliegend in Rede stehenden Antrag, der unmissverständlich auf Untersagung der Umsetzung der konkret benannten Vergabeentscheidung gerichtet ist, nicht.

33 Der Senat vermag auch den von der Verfügungsbeklagten weiter geäußerten Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des Streitgegenstandes nicht zu folgen. Die Verfügungsklägerin hat hinreichend deutlich gemacht, aufgrund welcher Umstände sie das Auswertungsgutachten der R. & Pa. GbR vom 23.05.2018 für fehlerhaft und die auf der Grundla-

ge dieses Gutachtens getroffene Auswahlentscheidung der Stadtverordnetenversammlung vom 27.06.2018 deshalb für diskriminierend hält. Darauf, ob die Verfügungsklägerin, wie die Verfügungsbeklagte vorträgt, mit den insofern erhobenen Einwänden gegen das Auswertungsgutachten nach § 47 Abs. 2, § 118 Abs. 23 EnWG präkludiert ist, kommt es für die Zulässigkeit des Antrags nicht an. Diese Frage betrifft allein die Begründetheit des auf den behaupteten Rechtsverstoß gestützten Verfügungsanspruchs (Senat, Urteil vom 18.08.2020 - 17 U 1/19 Kart, BeckRS 2020, 22438, Rn. 51 m.w.N.).

c)

34 Dem verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung steht schließlich nicht das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegen.

35 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das ansonsten in einstweiligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich bestehende Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache bei Anträgen nach §§ 935 ff. ZPO i.V.m. § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG generell nicht zum Tragen kommt, weil die geltend zu machenden Rechtsverletzungen in diesem Verfahren abschließend geklärt werden (so Huber, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage 2019, § 47 EnWG, Rn. 30) bzw. wegen der in § 47 Abs. 1 Satz 1 EnWG vorgesehenen materiellen Präklusionswirkung jedenfalls faktisch nicht der Rechtmäßigkeitsprüfung in einem späteren Hauptsacheverfahren unterliegen (so etwa KG, Urteil vom 25.10.2018 - 2 U 18/18.EnWG, EnWZ 2019, 76, Rn. 52, mit zust. Anm. Templin; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019 - 6 U 109/18 Kart, BeckRS 2019, 25942, Rn. 68; offengelassen in BGH, Urteil vom 12.10.2021 - EnZR 43/20 - Stadt Bargteheide, NZBau 2022, 167, Rn. 27). Denn indem vorliegend im Stadium des laufenden Konzessionierungsverfahrens vor Abschluss eines auf Grundlage der Auswahlentscheidung getroffenen neuen Wegenutzungsvertrages nicht (positiv) die Verfahrensfortsetzung in einer bestimmten Weise, sondern (negativ) das Verbot eines konkreten Aktes der Fortsetzung des Konzessionierungsverfahrens erstrebt wird, ist der vorliegende Verfügungsantrag lediglich auf die Zustandssicherung gerichtet (vgl. Senat, Urteil vom 18.08.2020 - 17 U 1/19 Kart, BeckRS 2020, 22438, Rn. 95; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019 - 6 U 109/18 Kart, a.a.O., Rn. 69). Insofern unterscheidet sich der Streitfall von der dem Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. vom 26.02.2018 (11 W 2/18 Kart, BeckRS 2018, 13252) zu Grunde liegenden Sachverhaltskonstellation, in der im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens die Nichtvollziehung eines bereits abgeschlossenen Konzessionsvertrages begehrt worden ist.

2.

36 Der Verfügungsklägerin kommt ein Verfügungsanspruch zu, § 935 ZPO.

37 Nach den von ihr glaubhaft gemachten Tatsachen kann die Verfügungsklägerin von der Verfügungsbeklagten gemäß §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 46 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 5 EnWG beanspruchen, den Abschluss des in Rede stehenden Wegenutzungsvertrages auf der Grundlage der Vergabeentscheidung vom 27.06.2018 zu unterlassen. Wie schon das dem Urteil des Senats vom 22.08.2017 (6 U 1/17 Kart) zugrunde liegende Auswahlverfahren, das mit Beschluss der Stadtverordnetenversammlung der Verfügungsbeklagten vom 28.09.2016 abgeschlossen worden war, genügt auch die mit Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 27.06.2018 getroffene Auswahlentscheidung nicht den an ein transparentes und diskriminierungs-

freies Konzessionsvergabeverfahren zu stellenden Anforderungen, was erneut zu einer unbilligen Behinderung der Verfügungsklägerin führt.

a)

38 Die Verfügungsbeklagte ist Adressatin der Unterlassungsverpflichtung aus § 33 GWB. Als Gemeinde handelt sie beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Ihr kommt dabei eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 18 GWB zu. Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Strom gehören. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet eignen. Dieser Markt ist gleichartigen Unternehmen auch üblicherweise zugänglich. Denn der Zugang zum Wegenutzungsrecht ist dadurch eröffnet, dass die Verfügungsbeklagte aufgrund der Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG fremde Unternehmen dazu aufzufordern hat, sich im Wettbewerb um die Konzession zu bewerben.

39 Die Verfügungsklägerin ist als Mitbewerberin um den Abschluss des streitgegenständlichen Konzessionsvertrages im Sinne von § 33 Abs. 3 GWB Betroffene der von ihr geltend gemachten Beeinträchtigungen nach § 33 Abs. 1 GWB, § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG.

b)

40 Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten ist die Verfügungsklägerin mit der Geltendmachung dieser Rechte im vorliegenden Verfahren auch nicht (teilweise) nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG präkludiert. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Verfügungsklägerin sämtliche im gerichtlichen Verfahren vorgetragene Rügen bereits vorgebracht hatte und sodann innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen seit Zugang der Information nach § 47 Abs. 4 EnWG gerichtlich geltend gemacht hat.

41 Zwar sind im Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG nicht sämtliche, im laufenden Konzessionsvergabeverfahren potenziell begangene Rechtsverletzungen der Kommune Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung, sondern grundsätzlich nur solche, die in den im Rahmen dieses Verfahrens erfolgten Verlautbarungen der Kommune manifestiert und vom jeweiligen Verfügungskläger innerhalb der gesetzlichen Frist gerügt worden sind (vgl. KG, Urteil vom 25.10.2018 - 2 U 18/18.EnWG, EnWZ 2019, 76). § 47 EnWG ist aber gemäß § 118 Abs. 23 EnWG auf Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, in denen - wie vorliegend aufgrund des 1. Verfahrensbriefes vom 13.10.2015 - am 03.02.2017 von der Gemeinde bereits Auswahlkriterien samt Gewichtung im Sinne des § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG bekannt gegeben worden waren, nur mit der Maßgabe anwendbar, dass die in § 47 Abs. 2 Satz 1 bis 3 EnWG genannten Fristen mit Zugang einer Aufforderung zur Rüge beim jeweiligen Unternehmen beginnen. Hat die Kommune von dieser Möglichkeit der Aufforderung zur Rüge keinen Gebrauch gemacht, finden weder die Rügeobliegenheit nach § 47 Abs. 2 EnWG noch die Ausschlussvorschrift des § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG als letzte Stufe des Präklusionsregimes des § 47 EnWG Anwendung (BGH, Urteil vom 12.10.2021 - EnZR 43/20, zit. nach juris Rn. 29f.). So liegt es hier.

42 Die Verfügungsbeklagte hat die Verfügungsklägerin zu einer entsprechenden Rüge nicht aufgefordert. Eine ausdrückliche Aufforderung ist nicht vorgetragen. Dass die Verfügungsbeklagte in dem Schreiben vom 03.09.2018 (Anlage ASt 25) auf § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG Bezug genommen und auf die Möglichkeit der Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG hingewiesen hat, genügt entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten für eine solche Aufforderung nicht. Durch die Aufforderung zur Rüge setzt die Gemeinde in Verfahren, in denen die Auswahlkriterien samt Gewichtung bereits am 03.02.2017 bekannt gegeben worden waren, das Rügeregime des § 47 EnWG i.d.F. vom 03.02.2017 in Gang. Sie hat es damit in der Hand, es entweder bei der alten Rechtslage zu belassen oder die neue Rechtslage zur Anwendung zu bringen (vgl. BT-Drs. 18/10503, S. 7). Wegen der mit dem nach neuer Rechtslage geltenden Fristenregime verbundenen erheblichen Folgen für den Rechtsschutz der sich an einem Auswahlverfahren nach § 46 EnWG beteiligenden Unternehmen muss die Ausübung dieses Wahlrechtes (s. Posser, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage 2019, § 118 EnWG, Rn. 57) daher unmissverständlich erfolgen. Hierfür genügt die Bezugnahme auf § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG schon deshalb nicht, weil die danach bestehende Verpflichtung der Gemeinde zur Information der Bewerber unabhängig von der Frage der Geltung des Rügeregimes nach § 47 EnWG besteht. Auch der Hinweis der Verfügungsbeklagten auf das der Verfügungsklägerin zustehende Akteneinsichtsrecht genügt insoweit nicht. Zwar ist das Akteneinsichtsrecht nach dem Wortlaut des § 47 Abs. 3 EnWG der „Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 2 Satz 3“ zu dienen bestimmt. Gleichwohl kann dem Schreiben vom 03.09.2018, indem die Verfügungsbeklagten u.a. ausgeführt hat „Abschließend verweise ich auf die Möglichkeit, einen Akteneinsichts Antrag gemäß § 47 Abs. 3 EnWG bei der ...stadt K. zu stellen.“ nicht mit der gebotenen Deutlichkeit eine Ausübung des Wahlrechtes nach § 118 Abs. 23 EnWG entnommen werden. Die bloße Zitierung der Vorschrift des § 47 Abs. 3 EnWG genügt nicht, um der Verfügungsklägerin zu verdeutlichen, sie müsse zur Vermeidung eines Rechtsverlustes Rügen nach § 47 Abs. 5 EnWG erheben. Aufgrund der erheblichen Auswirkungen auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der Verfügungsklägerin als Bieter würde es deshalb auch nicht ausreichen, wenn die Parteien – wie die Verfügungsbeklagte behauptet – übereinstimmend von einer Geltung der Vorschriften des § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG ausgegangen wären, denn die Geltung des verfahrensrechtlichen Rügeregimes steht nicht zur Disposition der am Vergabeverfahren Beteiligten.

c)

43 Die Verfügungsklägerin wird durch die angegriffene Auswahlentscheidung im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB unbillig behindert, weil die Bewertung der Angebote in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Gutachten vom 23.05.2018 den Anforderungen an ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren nicht genügt.

aa)

44 Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Diese Verpflichtung steht mit den Regelungen des Energiewirtschaftsrechts und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) in Einklang (s. dazu BGH, Urteil vom 17.12.2013 - KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin Rn. 25; Urteil vom 17.12.2013 - KZR 65/12 - Stromnetz Heiligenhafen, Rn. 24; jew. zit. nach juris) und korrespondiert zugleich mit einem § 46 EnWG zugrunde liegenden und in § 47

Abs. 1 EnWG ausdrücklich anerkannten subjektiven Recht der Bewerber auf transparente und diskriminierungsfreie Durchführung des Konzessionierungsverfahrens (BGH, Urteil vom 09.03.2021 - KZR 55/19 - Gasnetz Berlin, EnWZ 2021, 367). Hieraus ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung (BGH, Urteil vom 17.12.2013 - KZR 66/12, a.a.O., Rn. 16, 34 ff.).

- 45 Das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, wird dabei für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an den Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren, also an der Gewährleistung einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Da § 1 Abs. 1 EnWG mehrere Einzelziele vereint, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zugänglich sind, wird damit auch der Planungshoheit der Gemeinde als einer wesentlichen Ausprägung der Teilnahme der Gemeindebürger an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen. Zulässig sind dabei auch Auswahlkriterien, die qualitative Eigenschaften und Unterschiede der Angebote bei Netzbetrieb und Netzverlegung bewerten (BGH, Urteil vom 17.12.2013 - KZR 65/12, a.a.O.; Urteil vom 17.12.2013 - KZR 66/12, a.a.O.). Ihre eigenen Interessen dürfen die Gemeinden bei der Auswahlentscheidung nur im gesetzlich zulässigen Rahmen verfolgen (BGH, Urteil vom 17.12.2013 - KZR 65/12; a.a.O., Rn. 53).
- 46 Bei der Bewertung der Angebote steht der Gemeinde ein Beurteilungsspielraum zu, der demjenigen im förmlichen Vergabeverfahren vergleichbar ist (Senat, Urteil vom 22.08.2017 - 6 U 1/17 Kart, a.a.O.). Die Auswahlentscheidung ist gerichtlich nur daraufhin zu überprüfen, ob von keinem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen eingeflossen sind, der Spielraum diskriminierungsfrei wahrgenommen worden ist und sich Wertungsentscheidungen auch im Übrigen im Rahmen der Gesetze und allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe halten (s. etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.01.2021 - 6 U 95/20 Kart, BeckRS 2021, 2386, Rn. 38; Senat, Urteil vom 22.08.2017 - 6 U 1/17 Kart, a.a.O. m.w.N.). Aufgabe des Gerichtes ist insofern eine nachvollziehende Kontrolle der von der vergabeführenden Stelle getroffenen Entscheidung, nicht eine eigenständige Wertung der vorgelegten Angebote. Dabei erfolgt die gerichtliche Überprüfung auf der Grundlage des Tatsachenvortrags der Parteien; denn anders als in dem durch den Amtsermittlungsgrundsatz geprägten Verfahren zur Vergabenachprüfung im Oberschwellenbereich (§§ 97ff. GWB) ist die Nachprüfung der „Vergabe“ von Wegekonzessionen in Ermangelung spezieller Verfahrensvorschriften den Regelungen des von Parteimaxime und Beibringungsgrundsatz beherrschten ordentlichen Zivilprozess unterworfen (Senat, Urteil vom 22.08.2017 - 6 U 1/17 Kart; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019 - 6 U 109/18 Kart, a.a.O.).
- 47 Das Gebot der Transparenz des Verfahrens, das die Gefahr willkürlicher oder ergebnisorientierter Entscheidungen der konzessionierenden Gemeinde ausschließen soll, verlangt zudem eine sorgfältige Dokumentation des Gangs und der wesentlichen Entscheidungen des Ausschreibungsverfahrens. Unbeschadet des der Gemeinde zustehenden Beurteilungsspielraums sind an diese Dokumentation insbesondere dann hohe Anforderungen zu stellen, wenn die Kommune – wie vorliegend – die Ausschreibung als Konzeptwettbewerb mit der relativen Bewertungsmethode verbindet, ohne, beispielsweise durch

Angabe von Mindeststandards, zu erkennen zu geben, welche Leistungen konkret gefordert werden. Denn die Abfrage von Netzbetriebskonzepten, die im Verhältnis untereinander bewertet werden sollen, eröffnet der vergabeleitenden Stelle große Spielräume, die den Verdacht auf eine manipulative Entscheidung entstehen lassen können. Jedenfalls in dieser Fallgestaltung müssen die Bewertungsentscheidungen daher – entsprechend den für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Oberschwellenbereich geltenden Anforderungen (vgl. BGH, Beschluss vom 04.04.2017 - X ZB 3/17 - Postdienstleistungen, NZBau 2017, 366, Rn. 53) - auch daraufhin überprüfbar sein, ob die jeweilige Bepunktung im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder andern Bieters plausibel vergeben worden ist. Hierzu ist es erforderlich, den Inhalt der Angebote vergleichend gegenüberzustellen und die für die Entscheidung maßgeblichen Aspekte nachvollziehbar aufzuzeigen (vgl. Senat, Urteil vom 22.08.2017 - 6 U 1/17 Kart).

- 48 Die Beurteilung der gegenübergestellten Angebotsbestandteile ist dabei derart zu begründen, dass eine Überprüfung dahingehend stattfinden kann, ob das Beurteilungsermessen beanstandungsfrei ausgeübt worden ist. Dies setzt es unter anderem voraus, hinsichtlich solcher Angebotsbestandteile, die in dem Angebot eines Bieters besonders hervorgehoben werden, zu dokumentieren, ob und inwiefern die Konkurrenzangebote vergleichbare Leistungen beinhalten. Enthält nur eines der zu vergleichenden Angebote eine bestimmte Leistung, ist auszuführen, ob und weshalb diese Leistung als relevant eingestuft wird und wie sie bzw. ihr Fehlen bewertet werden. Weist ein Bieter eine Leistung oder eine Qualifizierung nach, die der andere, etwa als sog. Newcomer, noch nicht anzubieten vermag, jedoch beizubringen verspricht, muss dies nicht notwendig zu einer Abwertung dieses Angebotes führen. Eine ebenbürtige oder annähernd gleichwertige Bewertung erfordert aber, dass die Zusicherung künftigen Beibringens auf ihrer Realisierbarkeit überprüft und ihre Validität nachvollziehbar begründet worden ist (Senat, Urteil vom 22.08.2017 - 6 U 1/17 Kart, a.a.O.).
- 49 Mängel hinsichtlich der demnach gebotenen Transparenz der Angebotswertung können durch entsprechenden Vortrag im einstweiligen Verfügungsverfahren oder durch nachträgliche Erläuterungen bzw. Akteneinsichtsgewährung geheilt werden, soweit es um das Nachschieben einzelner ergänzender Erwägungen geht, also um Umstände oder Gesichtspunkte, mit denen die sachlich richtige Entscheidung nachträglich verteidigt werden soll (vgl. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2017 - 11 U 51/17 Kart, BeckRS 2017, 135126). Die wesentlichen und tragenden Erwägungen müssen allerdings im Auswertungsvermerk selbst enthalten sein, weil sonst nicht erkennbar ist, ob diese Gründe für die Vergabeentscheidung maßgeblich waren oder erst später entwickelt worden sind (OLG Schleswig, Urteil vom 18.05.2020 - 16 U 66/19 Kart, BeckRS 2020, 41418).
- 50 Ob ein demnach fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf eine Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist. Eine Konzessionsvergabe, die diesen Anforderungen nicht genügt, behindert denjenigen Bewerber, dessen Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (BGH, Urteil vom 17.12.2013 - KZR 66/12, a.a.O.).

bb)

- 51 Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landgericht zu Recht angenommen, dass die in dem Auswertungsgutachten vom 23.05.2018 erfolgte Bewertung der Angebote der Verfügungsklägerin und der P. hinsichtlich der Unter-Unterkriterien „Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen“, „Zügige Durchführung von Störungsbeseitigungen“, „Investitionsstrategie“, „Informationsangebot für Netz Kunden“, „Kosteneffizienz“, „Beratung zum Netzanschluss von EEG-Anlagen“, „Strategie zur Netzintegration von EEG-Anlagen“ und „Vermeidung von Straßenaufbrüchen“ den an ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren zu stellenden Anforderungen nicht genügt.
- (1)
- 52 Hinsichtlich der Bewertung der Angebote in dem Unter-Unterkriterium „Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen“ (Ziffer 1.1.1 der Bewertungsmatrix) ist die Plausibilität der Bewertung nicht überprüfbar, weil teilweise die maßgeblichen Angebotsinhalte im Auswertungsgutachten nicht nachvollziehbar dargestellt, teilweise die Gründe für eine Beurteilung bestimmter Angebotsinhalte als für die Verfügungsbeklagte vorteilhaft nicht mitgeteilt und teilweise die zu beurteilenden Angebotsinhalte nicht zutreffend erfasst werden. An einzelnen Stellen ist das Gutachten auch widersprüchlich hinsichtlich der in die Bewertung einbezogenen Angebotsbestandteile. Es liegen damit maßgebliche Begründungsmängel vor.
- 53 Das Auswertungsgutachten sieht insoweit eine Bewertung der Angebote der P. mit 10 (Bewertungspunkten) × 6 (Gewichtungsfaktor) = 60 Punkten und der Verfügungsklägerin mit 9 (Bewertungspunkten) × 6 (Gewichtungsfaktor) = 54 Punkten vor. Zur Begründung heißt es zusammenfassend (Seite 30 des Gutachtens): „Das Angebot der P. überzeugt insbesondere mit detaillierten Ausführungen zur geplanten Optimierung der Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen im Netzgebiet K., die im Angebot der E. nicht explizit enthalten sind. Der Angebotsinhalt der P. ist hier als deutlich besser zu bewerten. Das Angebot der E. ist hingegen bei den Ausfallzeiten sowie der TSM-Zertifizierung tendenziell etwas besser, was die vorgenannten Defizite aber nicht vollständig aufwiegt. Bei der personellen und technischen Ausstattung der Bieter sind die Angebote gleichwertig.“
- (a)
- 54 Das Landgericht hat ausgeführt das Auswertungsgutachten lasse nicht erkennen, warum den Ausführungen im Angebot der P. zu geplanten Optimierung der Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen im Netzgebiet K., die im Allgemeinen blieben, ein höheres Gewicht zukomme, als dem Angebot der Verfügungsklägerin, welche auf Zertifizierungen und Richtlinien verweise. Die Würdigung der „Verwirklichung n-1 Sicherheit im MS Netz“ zu Gunsten der P. im Auswertungsgutachten (Seite 25) sei insofern nicht nachvollziehbar, als das Gutachten an anderer Stelle (Seite 37) davon ausgehe, dass eine entsprechende Ringstruktur (in dem von der Verfügungsbeklagten bisher betriebenen Netz) bereits bestehe. Davon abgesehen sei der Darstellung des Inhalts des Angebots der P. im Auswertungsgutachten nicht zu entnehmen, dass die Herstellung einer Ringstruktur im Mittelspannungsnetz (tatsächlich) beabsichtigt sei. Die höhere Bewertung des Angebotes der P. begründet mit einer besseren Darstellung konkreter Maßnahmen und Mittel zur Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen sei nicht nachvollziehbar, weil nicht zu erkennen sei, welche konkret angebotenen Maßnahmen aus welchen Gründen für die

Verfügungsbeklagte besser oder schlechter seien und ob das Gutachten von einem zu treffenden und vollständigen Sachverhalt ausgegangen sei. Dem tritt der Senat bei.

- 55 Die Einschätzung des Auswertungsgutachtens, das Angebot der P. überzeuge insbesondere mit detaillierten Ausführungen zur geplanten Optimierung der Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen im Netzgebiet K., die im Angebot der E. nicht explizit enthalten seien, wird durch die im Gutachten mitgeteilten Angebotsinhalte nicht getragen. Auch fehlt es an einer hinreichenden Begründung, worin der vermeintlich eine bessere Bewertung rechtfertigende Unterschied zum Angebot der Verfügungsklägerin besteht.
- 56 Soweit zu Gunsten der P. berücksichtigt ist: „Die Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen wird beispielsweise durch die Verwirklichung und den Betrieb von Ringstrukturen erreicht.“ (Seite 14 des Auswertungsgutachtens) leidet die Begründung an einem unzutreffend ermittelten Sachverhalt sowie daran, dass das Gutachten nicht erkennen lässt, welche konkreten Maßnahmen hier als für die Verfügungsbeklagte positiv angesehen werden. Denn die Auswertung stellt nicht in Rechnung, dass sich bereits das bestehende Netz im Bereich der Verfügungsbeklagten unstrittig auch durch Ringschlüsse auszeichnet und es zeigt nicht auf, ob das Angebot der P. einen Ausbau der noch vorhandenen Stickleitungen zur Herstellung einer Ringstruktur im gesamten Mittelspannungsnetz in K. erwarten lässt. Für die darüber hinausgehende, von der Verfügungsklägerin bestrittene Behauptung der Verfügungsbeklagten, die P. habe zur Optimierung der Netzstruktur konkret angeboten, das gesamte Mittelspannungsnetz in K. als Ringstruktur zu betreiben und entsprechende Maßnahmen umzusetzen, fehlt es an einer geeigneten Glaubhaftmachung. Die Verfügungsbeklagte hatte erstinstanzlich den Geschäftsführer der P. zwar als (präsenten) Zeugen gestellt, allerdings zum Beweis der Behauptung, dass der erforderliche umfangreiche Neubau von Mittelspannungsleitungen als Ringstruktur wirtschaftlich vertretbar sei und nicht für die Zusage, einen entsprechenden Ausbau tatsächlich vorzunehmen. Ungeachtet dessen verhält sich das Auswertungsgutachten zu diesen Gesichtspunkten selbst aber auch nicht in nachvollziehbarer Weise.
- 57 Ein Begründungsmangel liegt zudem vor, soweit das Auswertungsgutachten darauf abstellt, dass „neben Ringstrukturen im Mittelspannungsnetz ...von der P. zur Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen auch Niederspannungsnetze so geplant und gebaut [werden], dass künftig alle unsere NS-Kabel in Kabelverteilern oder Ortsnetzstationen beginnen und in anderen Kabelverteilern oder Ortsnetzstationen enden, wenn dies über die Netzkosten abgebildet werden kann“ (Seite 14 des Gutachtens). Denn entsprechende Planungen und Baumaßnahmen stünden danach jedenfalls unter dem Vorbehalt der Abbildbarkeit über die Netzkosten. Die Annahme eines bewertungsrelevanten Vorteils des Angebotes der P. setzte daher eine Betrachtung auch der Frage voraus, ob bzw. inwieweit sich dieser Vorbehalt auf den (zu erwartenden) Ausbau der Ringstrukturen auswirkt. Hierzu verhält sich das Gutachten jedoch nicht.
- 58 Vergleichbare Begründungsmängel des Auswertungsgutachtens bestehen im Hinblick auf die Zusage im Angebot der P., Baumaßnahmen und planmäßige Arbeiten würden vorausschauend geplant und durchgeführt. Auch insoweit lässt das Gutachten offen, ob und wenn ja, welche konkreten Leistungen bzw. Maßnahmen durch die P. angeboten worden sind - etwa, ob das Angebot der P. beispielsweise konkrete Zusagen bezüglich bestimmter Planungshorizonte oder besonderer Vorkehrungen im Vorfeld anstehender Baumaßnahmen beinhaltet. Es wird auch nicht dargelegt, anhand welcher Kriterien sich die Erfüllung der Zusage, Arbeiten vorausschauend zu planen und durchzuführen, beurteilen ließe. Es ist nach alledem nicht ersichtlich, dass das Angebot der P. demjenigen der

Verfügungsklägerin in diesem Punkt überlegen ist, so dass insoweit die Annahme eines relevanten Vorteils des Angebotes der P. gegenüber dem Angebot der Verfügungsklägerin nicht plausibel dargelegt ist.

- 59 Gleiches gilt im Hinblick auf die weiteren, insofern im Auswertungsgutachten benannten bewertungsrelevanten Inhalte aus dem Angebot der P.: „In diesem Zusammenhang werden etwa Netzumschaltungen vorgenommen, so dass möglichst keine oder nur wenige Letztverbraucher von den Baumaßnahmen betroffen sind. Eine weitere häufig angewendete Möglichkeit, um Letztverbraucher nicht vom Netz zu trennen, ist das Arbeiten unter Spannung.“ Die letztgenannte Aussage lässt schon der Formulierung nach keinen konkreten Bezug zu einem hier relevanten Verhalten der P. erkennen. Davon abgesehen ist nach den im Gutachten dargestellten Angebotsinhalten nicht nachvollziehbar, ob und inwiefern das Angebot der P. den Einsatz von Netzumschaltungen und Arbeiten unter Spannung in höherem Maße als das Angebot der Verfügungsklägerin erwarten lässt. Der diesbezüglich von der Berufung der Sache nach erhobene Einwand, dass Netzumschaltungen eine entsprechende Netzstruktur voraussetzen und eine solche Struktur von der P. „angedacht“ sei, vermag einen relevanten Vorteil des Angebots der P. nicht zu begründen. Denn nach dem Auswertungsgutachten ist nicht ersichtlich, dass der Ausbau entsprechender Ringstrukturen von der P. zugesagt oder nach deren Angebot in höherem Maße als nach dem Angebot der Verfügungsklägerin zu erwarten ist. Soweit die Verfügungsbeklagte darauf verweist, der Aspekt der n-1-Sicherheit auf der Niederspannungsebene sei überhaupt nicht zu Gunsten der P. berücksichtigt worden (Blatt 532 d.A.), steht dies in Widerspruch zu dem Auswertungsgutachten, dass diesen Aspekt bei den wertungsrelevanten Angebotsinhalten aufführt.
- 60 Hinsichtlich der zu Gunsten der P. gewerteten Planung, eine Umstellung der Betriebsspannung im Mittelspannungsnetz von 15 kV auf 20 kV vorzunehmen, legt das Auswertungsgutachten wieder einen nicht zutreffend bzw. nur unvollständig ermittelten Sachverhalt zugrunde, insbesondere fehlt es an der vollständigen Darstellung der maßgeblichen Inhalte der konkurrierenden Angebote. Soweit die bessere Bewertung des Angebots der P. nämlich darauf beruht, dass das Auswertungsgutachten unterstellt, dass nur die P. eine Umstellung auf 20 kV anbiete, ist dies insoweit unrichtig, als auch das Angebot der Verfügungsklägerin eine solche Umstellung vorsieht, allerdings an anderer Stelle. So ist unstreitig, dass das mit ihrem Angebot (Anlage ASt 16) vorgelegte Netzbetriebskonzept der Verfügungsklägerin auf Seite 90 f. als „Mittelfristig geplante Netzbau-Maßnahmen (Zeitraum 3-5 Jahre)“ für die ...stadt K. unter anderem die „20 kV Netzumstellung zur Verringerung der Netzverluste“ vorsieht. Dass dieses Vorhaben nicht (ausdrücklich auch) als Maßnahme zur Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen angeboten worden ist, sondern die Verfügungsklägerin hiermit explizit das Ziel der Verringerung von Netzverlusten verfolgt, rechtfertigt es entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten nicht, diesen Aspekt hinsichtlich des hier in Rede stehenden Unter-Unterkriteriums unberücksichtigt zu lassen. Denn mit welcher Intention eine entsprechende technische Maßnahme durchgeführt wird, ist für deren Wirkung (in anderen Bereichen) ohne Relevanz.
- 61 Die bessere Bewertung der P. in diesem Bereich ist auch nicht deshalb nachvollziehbar begründet, weil das Angebot der P. eine Umstellung der Betriebsspannung von 15 kV auf 20 kV im Stromversorgungsnetz der ...stadt K. innerhalb von zwei Jahren nach Netzübernahme vorsieht, gegenüber einem Zeithorizont von 3-5 Jahren im Angebot der Verfügungsklägerin. Denn diese Planung der P. steht unter der Voraussetzung, dass beim

vorgelagerten Netzbetreiber - hier personenidentisch mit der mit der P. konkurrierenden Verfügungsklägerin - die zugehörigen technischen Voraussetzungen geschaffen worden sind. Insofern setzte eine bessere Bewertung des Angebotes der P. wegen einer schnelleren Umsetzung der Netzumstellung die - bezogen auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe - begründete Erwartung voraus, dass die Verfügungsklägerin innerhalb der von der P. genannten Frist die notwendigen Voraussetzungen im vorgelagerten Netz schafft und - erhalte sie selbst den Zuschlag - erst deutlich später in dem Verteilnetz die Umstellung der Betriebsspannung vornimmt. Worauf sich eine solche Annahme gründet, ist allerdings im Auswertungsgutachten nicht ausgeführt. Darauf, dass die von beiden Bietern angebotene Umstellung zwischenzeitlich nach Abgabe der Angebote, nämlich im Jahr 2017, tatsächlich erfolgt ist, kommt es für deren auf Grundlage einer ex-ante Betrachtung vorzunehmenden Bewertung nicht an.

- 62 Auch soweit es den Rückbau von Freileitungen betrifft, den das Auswertungsgutachten als im Angebot der P. positiv hervorhebt, fehlt es an einem zutreffenden Vergleich der Angebotsinhalte. Denn auch das Angebot der Verfügungsklägerin enthält laut Darstellung im Auswertungsgutachten eine Aussagen zu dem Rückbau von Freileitungen, allerdings unter dem Unter-Unterkriterium „Hoher Grad an Erdverkabelung“. (Ziffer 1.5.4 der Auswertungsmatrix). Das Auswertungsgutachten führt dort aus, dass die Verfügungsklägerin verbindlich zusichere, bei sämtlichen Neu- und Ersatzverlegungen im Nieder- und Mittelspannungsnetz ausschließlich Kabel zu verlegen, während die P. eine dahingehende verbindliche Zusicherung ausschließlich für bebaute Gebiete gegeben habe; das Angebot der Verfügungsklägerin ist daher im Hinblick auf das Unter-Unterkriterium „Hoher Grad an Erdverkabelung“ mit 30 gegenüber 27 Punkten besser als das Angebot der Verfügungsklägerin bewertet worden. Ein Grund dafür, dass diese Selbstverpflichtung der Verfügungsklägerin im Zusammenhang mit dem Kriterium „Optimierung der Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen“ unberücksichtigt bleibt, führt das Auswertungsgutachten nicht an, es ist deshalb von einer fehlerhaften, weil unvollständigen Sachverhaltsermittlung auszugehen. Zugleich fehlt es an einer hinreichenden Begründung für die in diesem Punkt gegenüber der Verfügungsklägerin bessere Bewertung der P. sowie an einer vergleichenden Darstellung der jeweils angebotenen Leistungen der Bieter, namentlich einer Gegenüberstellung des nach den Angeboten jeweils zu erwartenden Grades der Erdverkabelung bzw. des Umfangs der zu ersetzenden Freileitungen. Dass das Vertragsangebot der P., wie von der Verfügungsbeklagten geltend gemacht wird, die Zusage beinhaltet, Baumaßnahmen alleine und nur aus dem Grund durchzuführen, um den Freileitungsanteil im Konzessionsgebiet zu senken, ist nach dem Auswertungsgutachten nicht erkennbar und von der Verfügungsbeklagten auch nicht glaubhaft gemacht worden.
- 63 Weiter ist die Bewertung der P. nicht nachvollziehbar im Hinblick auf die im Auswertungsgutachten als bewertungsrelevant angeführte Leistung: „Die P. will zudem nach Möglichkeit durch den Einsatz von Fernwirktechnik zur Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen beitragen. Sollten im Mittelspannungsnetz in K. größere Schaltstationen existieren, wird die P. diese mit Fernwirktechnik nachrüsten, sofern die dort vorhandene Technik dies zulässt. Darüber hinaus wird die P. zur Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen Maßnahmen vorsehen, die dafür sorgen, dass sich der Umfang möglicherweise auftretender Unterbrechungen auf die geringstmögliche Kundenzahl auswirkt. Als Netzbetreiber hat die P. sich entsprechend seiner Aufgaben aus dem EnWG nach § 13 der Thematik Netzasymmetrie im Zuge der Systemverantwortung gestellt und hält entsprechende Pläne und Techniken vor, um bei Übererzeugung oder Untererzeugung

gung am Netz kurzzeitig reagieren zu können.“ Insoweit fehlt es an einer Begründung im Auswertungsgutachten, dass dieses Leistungsangebot trotz der enthaltenen Relativierungen „nach Möglichkeit“ bzw. „sofern die dort vorhandene Technik dies zulässt“ gegenüber dem Angebot der Verfügungsklägerin einen Vorteil für die Verfügungsbeklagten bietet. Konkrete Leistungen der P., die Gegenstand eines Vergleichs mit dem Angebot der Verfügungsklägerin sein könnten, zeigt das Gutachten nicht auf. Mangels entsprechender Ausführungen ist nicht ersichtlich, dass einzuschätzen ist, welche Leistungen oder Maßnahmen zur Reduktion der Auswirkungen von Unterbrechungen und der Pläne und Techniken zur Reaktion auf Über- und Untererzeugungen angeboten werden. Eine bessere Bewertung des Angebotes der P. gegenüber dem Angebot der Verfügungsklägerin ist deshalb nicht plausibel. Dass dieses Leistungsangebot ausweislich der tabellari-schen Zusammenstellung auf Seite 25 des Gutachtens nicht in die Bewertung eingeflossen sein soll, wie die Verfügungsbeklagten vorträgt, verhilft der Auswertung nicht zu der notwendigen Nachvollziehbarkeit, denn dies steht - wie bereits zuvor - in Widerspruch dazu, dass eben diese Gesichtspunkte auf Seite 14 des Auswertungsgutachtens unter der Überschrift „Bewertungsrelevante Inhalte aus dem Angebot der P.“ aufgeführt sind.

- 64 Insgesamt ist die Wertung, das Angebot der P. sei hinsichtlich geplanter Optimierungen der Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen deutlich besser als das Angebot der Verfügungsklägerin, demnach nicht plausibel. Hinsichtlich der auf Seite 14 f. des Gutachtens genannten Aspekte - von denen nach dem Vorbringen der Verfügungsbeklagten nur die Gesichtspunkte „Verwirklichung n-1 Sicherheit im MS Netz (Ringstrukturen)“, „vorausschauende Planung von Baumaßnahmen“, „Umstellung der Betriebsspannung von 15 kV auf 20 kV“ sowie „Rückbau von Freileitungen und fortschreitende Erdverkabelung“ in die Wertung eingeflossen seien - sind keine Leistungen oder Maßnahmen der P. dargestellt, die für die Verfügungsbeklagten im Vergleich mit dem Angebot der Verfügungsklägerin einen Mehrwert darstellten.

(b)

- 65 Nicht plausibel ist ferner die Einschätzung des Auswertungsgutachtens, wonach das Angebot der Verfügungsklägerin „bei den Ausfallzeiten sowie der TSM-Zertifizierung tendenziell etwas besser [ist], was die vorgenannten Defizite aber nicht vollständig aufwiegt“.
- 66 Zwar hält sich die Wertung, dass den Ausfallzeiten und dem Vorliegen einer TSM-Zertifizierung ein im Verhältnis zu den Optimierungen der Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen geringes Gewicht beigemessen wird, noch innerhalb des der Verfügungsbeklagten insoweit zustehenden Beurteilungsspielraums. Denn hinsichtlich der Ausfallzeiten erscheint angesichts der großen Unterschiede im Umfang der von den Bietern bislang betriebenen Netze - beispielsweise bestand das Mittelspannungsnetz der P. bei Angebotsabgabe aus 55 km Kabel, 6 km Freileitung und zwölf Entnahmestellen, wohingegen das Mittelspannungsnetz der Verfügungsklägerin 19.612 km Kabel, 7001 km Freileitung und 4.318 Entnahmestellen umfasste - bereits fraglich, ob die in der Vergangenheit erzielten Werte einen aussagekräftigen Vergleich überhaupt zulassen. Eine TSM-Zertifizierung, welche der Sache nach eine erfolgreich durchlaufene Überprüfung der Aufbau- und Ablauforganisation des zertifizierten Unternehmens in Bezug auf die Einhaltung von Gesetzen, Verordnungen, allgemein anerkannten Regeln der Technik und berufsgenossenschaftlichen Vorschriften bescheinigt, lässt zwar das Fortbestehen einer entsprechenden Organisation und dementsprechend in gesteigerter Weise die Einhaltung der betreffenden Normen erwarten. Für die Prognose eines normgerechten Netzbetriebes kommen

allerdings auch andere Grundlagen in Betracht, sodass diesem Aspekt für das hier in Rede stehende Unter-Unterkriterium Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen nicht notwendig eine hohe Bedeutung beizumessen ist.

- 67 Im Auswertungsgutachten ermangelt es aber jedenfalls an einer Begründung für die Gewichtung dieser Angebotsbestandteile gegenüber den unter (a) genannten. Insoweit führt das Gutachten aus, dass die Einzelbewertungen, wonach das Angebot der Verfügungsklägerin bezogen auf die Ausfallzeiten „im Vergleich zur P. als besser zu werten“ sei (begründet mit einem geringeren Wert der Ausfallzeiten in der Niederspannung, an die der überwiegende Teil der Anschlussnehmer angeschlossen sei) und sich das Fehlen der TSM-Zertifizierung der P. „etwas negativ aus[wirke]“ (Seite 28) in der Zusammenschau lediglich dazu führe, das Angebot der Verfügungsklägerin als „tendenziell etwas besser“ zu bewerten. Diese Gewichtung ist ohne Angaben einer Begründung nicht nachvollziehbar. Soweit die Verfügungsbeklagte im gerichtlichen Verfahren erstmals vorträgt, dass die besseren Ausfallzeiten der P. im Mittelspannungsnetz wegen der dort drohenden höheren Schäden stärker ins Gewicht fielen als die besseren Ausfallzeiten der Verfügungsklägerin im Niederspannungsnetz, heilt dies den Begründungsmangel nicht. Denn damit wird eine neue Begründung nachgeschoben beziehungsweise ein neuer Bewertungsaspekt eingeführt und nicht lediglich die im Auswertungsgutachten vorgenommene Einschätzung ergänzt. Indem damit zugleich behauptet wird, dass das Angebot der P. hinsichtlich der Ausfallzeiten besser als das Angebot der Verfügungsklägerin zu bewerten sei, setzt sich dieses Vorbringen sogar zu dem Auswertungsgutachten in Widerspruch.
- 68 Davon abgesehen kann die hier in Rede stehende Einschätzung des Auswertungsgutachtens, wonach die (tendenziellen) Vorteile des Angebots der Verfügungsklägerin bei den Ausfallzeiten sowie der TSM-Zertifizierung die Defizite dieses Angebote im Hinblick auf die geplante Optimierung der Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen nicht aufwägen, schon deshalb keinen Bestand haben, weil die darin einbezogenen vermeintlichen Defizite des Angebotes der Verfügungsklägerin nach dem Vorstehenden nicht plausibel sind.
- (c)
- 69 Nicht nachvollziehbar begründet ist ferner die Bewertung, die Angebote beider Bieter seien hinsichtlich der personellen und technischen Ausstattung gleichwertig.
- 70 Das Landgericht hat hierzu im Wesentlichen ausgeführt, dem Gutachten sei nicht plausibel zu entnehmen, warum die nach den Angeboten erforderliche Neueinstellung von zwei Mitarbeitern seitens der Verfügungsklägerin derjenigen von sechs Mitarbeitern auf Seiten der P. gleichwertig sei. Auch fehle es im Gutachten an einer nachvollziehbaren Begründung für die Einschätzung, die Inanspruchnahme von Dienstleistungen der Verfügungsklägerin zur Erstsicherung des Gasnetzes der P. lasse nicht auf personelle Kapazitätsprobleme für den Betrieb des Stromnetzes schließen. Die in der Entscheidung des Senats vom 22.08.2017 diesbezüglich für erforderlich gehaltene Überprüfung der Gründe für die Zusammenarbeit sei im Auswertungsgutachten nur pauschal, schlagwortartig und nicht widerspruchsfrei vorgenommen worden. Hinsichtlich der geplanten Neueinstellung durch die P. fehle es nach den Feststellungen des Auswertungsgutachtens weiterhin an der vom Senat in der vorgenannten Entscheidung geforderten plausiblen Darlegung der beabsichtigten Maßnahmen zur Sicherstellung der personellen Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Dass auch die Verfügungsklägerin hierzu keine Ausführungen

gemacht habe, ändere an diesem Bewertungsmangel nichts. Die Bewertung der Angebote im Hinblick auf die Aus- und Weiterbildung als gleichwertig berücksichtige nicht hinreichend, dass das Angebot der Verfügungsklägerin innerhalb des Netzbetriebskonzepts auf über 30 Seiten detaillierte Ausführungen zu dem Aus- und Weiterbildungsangebot der Verfügungsklägerin enthalte, während im Angebot der P. zwar einzelne Qualifikationen angegeben würden, diese jedoch offensichtlich Lehrgänge und Kenntnisse betreffen, die selbstverständlich für die tägliche Arbeit benötigt würden. Warum derartige allgemein erforderliche Qualifikationen zur Durchführung der täglichen Arbeit einem umfangreichen Aus- und Weiterbildungsangebot gleichwertig seien, werde nicht begründet. Der im Auswertungsgutachten getroffenen Annahme, die Angebote seien im Hinblick auf die sachliche Ausstattung gleichwertig, ermangele es an einer Dokumentation der Vergleichbarkeit. Die Bedeutung des Umstandes, dass die P. für die Überwachung und Steuerung des Netzes den Rückgriff auf einen externen Kooperationspartner beabsichtige, werde ebenso wenig dargestellt, wie dass und warum der externe Dienstleister in gleicher Weise wie die Verfügungsklägerin zur Leistungserbringung in der Lage sei.

- 71 Diese Ausführungen sind zwar insoweit unzutreffend, als das Landgericht von einer Absicht der Verfügungsklägerin zur Neueinstellung von zwei Mitarbeitern ausgegangen ist. Wie die Verfügungsklägerin bereits auf Seite 35 der Antragschrift und zuletzt mit ihrem Antrag auf Berichtigung des angefochtenen Urteils vom 07.12.2020 (Blatt 901 f. d.A.) geltend gemacht hat, sind ihrerseits für den Betrieb des hier in Rede stehenden Netzes Neueinstellungen weder geplant noch erforderlich. Nach den Ausführungen auf Seite 30 ihres Netzbetriebskonzeptes (Anlage ASt 16) sei vorgesehen, dass für den Netzbetrieb in der ...stadt K. am Standort N./D. 15 Mitarbeiter tätig seien, wobei sich für das Netzgebiet der ...stadt K. „rein rechnerisch“ ein Personalbedarf von zwei Vollzeitmitarbeitern ergebe. In diesem Punkt beruht daher auch das Auswertungsgutachten, welches auf Seite 29 ebenfalls die Absicht der Verfügungsklägerin zugrunde legt, zwei Mitarbeiter einzustellen, auf einem nicht zutreffend ermittelten Sachverhalt.
- 72 Das Landgericht hat aber zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, angenommen, dass es dem Auswertungsgutachten an einer Begründung dafür ermangelt, warum das umfassendere Aus- und Weiterbildungsangebot der Verfügungsklägerin und ihre umfangreichere Sachausstattung für die Bewertung der Angebote als nicht relevant angesehen wird. Des Weiteren fehlt es an einer Begründung dafür, dass es keinen relevanten Vorteil des Angebotes der Verfügungsklägerin darstellt, eine redundante Netzleitstelle zu unterhalten, während das Angebot der P. keine eigene Leitstelle, sondern die Mitnutzung der Leitstelle eines Kooperationspartners, der W., vorsieht. Der von der Verfügungsbeklagten im vorliegenden Rechtsstreit vorgebrachte Umstand, dass die W. ihrerseits über eine redundante Leitstelle verfügt, ist nicht Gegenstand der Auswertung gewesen und daher bei der Überprüfung der Angebotsbewertung nicht zu berücksichtigen.
- (2)
- 73 Nicht plausibel ist ferner die - mit der Höchstpunktzahl von 10 Punkten (gewichtet mit dem Faktor 6, mithin 60 Wertungspunkten) identische - Wertung der beiden Angebote in dem Unter-Unterkriterium „Zügige Durchführung von Störungsbeseitigungen“ (Ziffer 1.1.2 der Bewertungsmatrix).
- 74 Das Ergebnis der Bewertung wird auf Seite 39 des Auswertungsgutachtens wie folgt zusammengefasst: „Durch die kürzeren Reaktionszeiten und die differenziertere Ausgestal-

tung kann das Angebot der P. in diesem Punkt überzeugen. Dahingegen sind die Ausführungen der E. zu den Maßnahmen im Störfall insbesondere zum Krisenmanagement detaillierter. Daher überzeugen beide Angebote gleichermaßen und sind beide mit 10 Punkten zu bewerten.“

- 75 Das Landgericht hat diese Bewertung für nicht nachvollziehbar gehalten. Es fehle an einer Verifizierung der Angaben der Bewerber. Die detaillierte Beschreibung der Störungsabläufe genüge hierfür nicht. Ferner sei nicht nachzuvollziehen, weshalb die im Angebot der P. vorgenommene Differenzierung zwischen Reaktionszeiten innerhalb des Stadtgebietes einerseits und in den Randgebieten des ausgeschriebenen Konzessionsgebietes andererseits im Auswertungsgutachten positiv berücksichtigt worden sei, zumal eine derart differenzierte Darstellung nicht abgefragt worden sei. Der Vortrag der Verfügungsbeklagten, die P. habe angeboten, innerhalb von 10-20 Minuten nach der Fehlermeldung vor Ort zu sein, sei nicht glaubhaft gemacht. Auch dem ist beizutreten.
- 76 Das Auswertungsgutachten ist plausibel davon ausgegangen, dass das Angebot der Verfügungsklägerin hinsichtlich der Maßnahmen im Störfall, insbesondere zum Krisenmanagement, dem Angebot der P. überlegen ist. Nach den insofern mitgeteilten Angebotsinhalten hat die Verfügungsklägerin etwa dargelegt, eine ständig mit drei Mitarbeitern besetzte, als separate Einheit organisierte Störungsmeldungsstelle zu unterhalten. Weiter hat sie die Kenntnisse der dortigen Mitarbeiter beschrieben und den Ablauf der Erfassung von Störungen sowie der Weiterleitung der entsprechenden Informationen dargelegt. Die P. hat demgegenüber nach den Mitteilungen des Auswertungsgutachtens im Wesentlichen nur ausgeführt, dass die Organisation des Entstörungsdienstes eine jederzeitige Störungsannahme durch eine Meldestelle umfasse, nämlich während der Geschäftszeiten durch eigenes Personal am Standort Pe. bzw. am zukünftigen Standort K. und außerhalb der Geschäftszeiten durch die Netzleitstelle der W., und die Erstmeldung Grundlage für eine nachfolgend vorzunehmende Eintragung in ein Meldesystem sei.
- 77 Dass dieser Vorteil des Angebots der Verfügungsklägerin nivelliert wird durch das Angebot der P. betreffend die Reaktionszeiten - maximal 30 Minuten bis zum Beginn der Erstsicherung nach dem Angebot der Verfügungsklägerin und maximal 25 Minuten bis zum Eintreffen vor Ort nach dem Angebot der P. - ist nicht nachvollziehbar begründet. Dem Auswertungsgutachten liegt auch in diesem Punkt keine zutreffende und vollständige Ermittlung des zu bewertenden Sachverhalts zugrunde, insbesondere bestehen Zweifel an der Vergleichbarkeit der beiden Bieterangebote, denen das Gutachten nicht nachgeht. So heißt es auf Seite 39 des Gutachtens: „Bezüglich der unterschiedlichen Angaben der Bieter ‚Eintreffen vor Ort‘ und ‚Beginn der Erstsicherung‘ geht aus dem Angebot der P. hervor, dass in einem ‚Notfall‘ mit dem Eintreffen vor Ort und dem Abstellen des Fahrzeugs unverzüglich mit der Erstsicherung des Störungsortes begonnen wird. Daher sind die beiden Angaben der Bieter ‚Beginn der Erstsicherung‘ und ‚Eintreffen vor Ort‘ auf den gleichen Zeitpunkt zu beziehen[.]“ Da das Gutachten nicht definiert, was unter „Erstsicherung“ zu verstehen sein soll, ist diese Annahme nicht nachvollziehbar. Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten kann für die Definition auch nicht auf das DVGW Arbeitsblatt GW 1200 Bezug genommen werden, nach dem die Erstsicherung mit der Sondierung der Lage vor Ort beginne, denn dieses Arbeitsblatt des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches beansprucht für den hier in Rede stehenden Stromnetzbetrieb keine Geltung. Anhaltspunkte dafür, dass der Beginn der Erstsicherung im Angebot der P. gleichwohl die erste Sondierung vor Ort meint, zeigt das Gutachten nicht auf. Schon daher fehlt es an einer hinreichend belastbaren Grundlage für die Annahme, dass das

Angebot der P. einen schnelleren Beginn der Beseitigung von Störungen als das Angebot der Verfügungsklägerin erwarten lässt.

- 78 Die Annahme kürzerer Reaktionszeiten nach dem Angebot der P. hätte zudem insofern einer Verifizierung bedurft, als beide Bieter nach den Darstellungen der Angebotsinhalte im Gutachten insofern von gleichen Randbedingungen, nämlich von einem Start aus der Fläche mit einem vollausgestatteten Dienstfahrzeug, ausgegangen sind. Dass die P. gleichwohl zu einer schnelleren Störungsbeseitigung in der Lage sein soll, erschließt sich mangels Begründung nicht. Hinzu kommt, dass nach den weiteren Ausführungen im Auswertungsgutachten die Durchquerung des ausgeschriebenen Konzessionsgebietes von Südwest nach Nordost ca. 30-35 Minuten in Anspruch nimmt, sodass nicht plausibel ist, wie bei einem Start aus der Fläche, mithin möglicherweise vom südwestlichen Rand des Gebietes, ein Eintreffen an einem hypothetischen Einsatzort am nordöstlichen Rand nach spätestens 25 Minuten gewährleistet werden kann. Die sich hieraus begründenden Zweifel an der Belastbarkeit einer zugesicherten Reaktionszeit von 25 Minuten werden auch nicht dadurch ausgeräumt, dass die P. ihre diesbezügliche Angabe nach dem Auswertungsgutachten durch Testfahrten unterlegt hat. Denn die Modalitäten und Ergebnisse der Testfahrten sind weder im Gutachten mitgeteilt noch im vorliegenden Rechtsstreit dargelegt worden.
- 79 Schließlich ist auch nicht nachvollziehbar begründet, warum die aufgezeigten Vorteile des Angebots der Verfügungsklägerin betreffend Maßnahmen im Störfall ausgeglichen werden durch eine differenzierte Darstellung von Reaktionszeiten einerseits im Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten und andererseits im Randgebiet des ausgeschriebenen Konzessionsgebietes durch die P.. Allein der Umstand, dass das Angebot der Verfügungsklägerin keine entsprechenden Angaben enthält, genügt hierfür nicht, da solche nach den Verfahrensbedingungen nicht gefordert waren. Zudem fehlt es, wie aufgezeigt, an tatsächlichen Anhaltspunkten für die Erwartung, dass die P. innerhalb des Stadtgebietes der Verfügungsbeklagten zu einer schnelleren Reaktion als die Verfügungsklägerin in der Lage ist. Im Übrigen ist auch nicht erkennbar, dass die P. - unterstellt, ihr Angebot enthalte kürzere Reaktionszeiten - diese für das Stadtgebiet der ...stadt K. verbindlich zugesichert hat.
- (3)
- 80 Der Bewertung des Unter-Unterkriteriums „Investitionsstrategie“ (Ziffer 1.1.3 der Bewertungsmatrix) ermangelt es ebenfalls an einer hinreichenden Begründung und einer ausreichend ermittelten Tatsachengrundlage. Das Angebot der P. ist in diesem Kriterium als das bessere mit 10 Wertungspunkten multipliziert mit dem Gewichtungsfaktor 4, insgesamt 40 Punkten, und das Angebot der Verfügungsklägerin mit 8 Wertungspunkten multipliziert mit dem Gewichtungsfaktor 4, insgesamt 32 Punkten, bewertet worden.
- 81 Nach Auffassung des Landgerichts setzt sich das Gutachten, soweit darin die deutlich bessere Bewertung des Angebots der P. in diesem Unter-Unterkriterium mit konkreten Maßnahmenbeschreibungen begründet werde, nicht hinreichend mit den korrespondierenden bewertungsrelevanten Inhalten des Angebotes der Verfügungsklägerin auseinander. Die positive Hervorhebung der von der P. angebotenen konkreten Budgetierung lasse unberücksichtigt, dass eine solche nicht gefordert gewesen sei. Es fehle an einer Begründung dafür, dass die von der P. geplanten Budgets hinreichend seien und warum Maßnahmen im Zusammenhang mit der Heraustrennung des konzessionsgegenständlichen Netzes aus dem Netz der Verfügungsklägerin als konkrete Investitionsmaßnahmen

gewertet würden. Für die Annahme, die Rückgabe der Gaskonzession für die Ortsteile RÜ. und St. ließe nicht auf eine fehlende Investitionsfähigkeit bzw. -bereitschaft der P. schließen, sei dem Auswertungsgutachten eine hinreichende Tatsachengrundlage nicht zu entnehmen. Der Ersatz von Freileitungen durch Erdkabel sei im Angebot der P. nur im Zusammenhang mit der Neuerrichtung von Leitungen und nur unter dem Vorbehalt vorgesehen, dass der Mehraufwand im Rahmen der Anreizregulierungsverordnung abgedeckt werde. Dass die von der P. vorgesehene Investitionsrate der durchschnittlichen Abschreibung entspreche, sei im Auswertungsgutachten nicht berücksichtigt und im Übrigen von der Verfügungsbeklagten nicht glaubhaft gemacht. Auch hiergegen ist nichts zu erinnern.

- 82 Die im Auswertungsgutachten geäußerte Einschätzung, das Angebot der P. überzeuge insbesondere mit konkreten Maßnahmenbeschreibungen, wird durch den dazu mitgeteilten Inhalt des Angebotes nicht getragen. Konkrete Maßnahmen werden dort nicht benannt, sondern es werden Investitionsvorhaben nach allgemeinen Kriterien bezeichnet; namentlich wird ein Modernisierungsbedarf bei Freileitungen, Erdkabeln und Ortsnetzstationen, welche ihre betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer überschritten hätten, angekündigt. Zudem fehlt es der Bewertung insofern an einer zutreffenden und vollständigen Ermittlung des Sachverhalts, als ein Vergleich mit den seitens der Verfügungsklägerin konkret aufgeführten „mittelfristig geplante[n] Netzbau-Maßnahmen (Zeitraum 3-5 Jahre)“, welche unter anderem den Ersatz bestimmter Transformatorenstationen, Mittelspannungskabel, Ortsnetzfreileitungen und Mittelspannungsfreileitungen umfassen, nicht erfolgt ist. Ebenso wenig berücksichtigt das Gutachten die Zusicherung der Verfügungsklägerin, „dass alle Anlagen dauerhaft dem Stand der Technik entsprechen ... unter Einhaltung der Regelungen laut E.-Werknorm und den Richtlinien der DIN-VDE“. Damit ist nach dem Auswertungsgutachten nicht nachvollziehbar, ob, und wenn ja, in welchen Punkten die von dem Angebot der P. erfassten Investitionen über das Angebot der Verfügungsklägerin hinausgehen.
- 83 Gleiches gilt im Hinblick auf die zu Gunsten der P. gewertete konkrete Budgetierung der Maßnahmen zur Beseitigung des „laut P. vorhandenen Investitionsstaus“. Diesbezüglich berücksichtigt die Bewertung bereits nicht, dass Informationen zu den geplanten Budgets, die nach den Ausführungen auf Seite 45 des Auswertungsgutachtens „in diesem Kriterium für die Einschätzung der zukünftigen Investitionstätigkeit von zentraler Bedeutung“ seien, nach den Verfahrensbedingungen nicht gefordert waren. Denn auf Seite 2 des 1. Verfahrensbriefes (Anlage ASt 8) heißt es hierzu: „Die Zuverlässigkeit der Versorgung hängt aus Sicht der ...stadt K. auch und ganz wesentlich davon ab, dass hinreichende Investitionen in das Netz erfolgen. Der Bewerber soll insoweit darstellen, welche Investitionsstrategie er verfolgt, um im Konzessionsgebiet eine bestmögliche Netzverfügbarkeit zu gewährleisten.“
- 84 Der Verfügungsbeklagten verhilft es auch nicht zum Erfolg, sich auf die in der Rechtsprechung verbreitete Auffassung zu berufen, wonach es mit allgemeinen Bewertungsmaßstäben ohne weiteres zu vereinbaren sei, dass ein Angebot, das aus einer konkreten Auseinandersetzung mit dem Status quo des Netzes ein konkretes Investitionsprogramm abzuleiten vermöge, welches zu einem nachvollziehbar höheren Modernisierungsgrad führe, vorzugswürdig sei gegenüber einem Angebot, das Investitionen alleine im Zusammenhang mit Netzerweiterungen vorsehe (s. etwa OLG Schleswig, Urteil vom 16.04.2018 - 16 U 110/17 Kart, BeckRS 2018, 11037, Rn. 107). Abgesehen davon, dass bereits fraglich ist, ob aufgrund der Angaben im Auswertungsgutachten festgestellt werden kann,

dass dem Angebot der P. zum Investitionsbedarf eine in diesem Sinne konkrete Auseinandersetzung mit dem Status quo des Netzes zugrunde liegt, ist nach dem Auswertungsgutachten jedenfalls nicht erkennbar, dass das Angebot der P. zu einem höheren Modernisierungsgrad führte, als das Angebot der Verfügungsklägerin.

85 Der Senat verkennt nicht, dass der Vergleich der angebotenen Leistungen dadurch erschwert wird, dass die beiden Angebote der Bieter unterschiedliche Parameter zugrunde legen - das Angebot der Verfügungsklägerin nennt keine Investitionssummen, das Angebot der P. keine konkreten Netzbaumaßnahmen. Dies rechtfertigt jedoch keine geringeren Anforderungen im Hinblick auf die Begründung ihrer Bewertung, denn die Verfügungsbeklagte hat diesbezüglich die Angabe bestimmter Daten nicht gefordert, sodass beide Angebote den insbesondere im 1. Verfahrensbrief formulierten Anforderungen entsprechen.

(4)

86 Auch hinsichtlich der Bewertung des Unter-Unterkriteriums „Informationsangebot für Netzkunden“ (Ziffer 1.3.5 der Bewertungsmatrix) fehlt es im Auswertungsgutachten an einer hinreichenden Begründung sowie einer ausreichenden Sachverhaltsermittlung. In diesem Bereich hat die Verfügungsklägerin mit 10 Wertungspunkten multipliziert mit dem Gewichtungsfaktor 2, also 20 Punkten, das gegenüber der P. bessere Ergebnis erzielt. Diese hat 9 Wertungspunkte multipliziert mit Gewichtungsfaktor 2, also 18 Punkte erreichen können.

87 Das Landgericht hat die Wertung, das Angebot der P. sei dem Angebot der Verfügungsklägerin in diesem Unter-Unterkriterium - mit Ausnahme des Aspektes „Informationsangebot für den Netzbeirat“ - gleichwertig, nach den im Auswertungsgutachten mitgeteilten bewertungsrelevanten Inhalten für nicht nachvollziehbar gehalten. Die Einschätzung, der höhere Detaillierungsgrad im Angebot der Verfügungsklägerin führe nicht unweigerlich zu einem zusätzlichen Vorteil für die Verfügungsbeklagte und die Netzkunden, werde nicht begründet. Zudem sei widersprüchlich, dass die geringfügig bessere Bewertung des Angebotes der Verfügungsklägerin in der Folge gleichwohl auf den unterschiedlichen Detaillierungsgrad gestützt werde. Auch dem ist in der Sache beizutreten.

88 Auf Seite 3 des 1. Verfahrensbriefes wird dieses Kriterium dahingehend erläutert, dass der „künftige Netzbetreiber ... die Netzkunden über alle netzrelevanten Themen ... möglichst umfassend informieren [soll]“. Im Auswertungsgutachten werden die hieraus abgeleiteten Bewertungsgrundsätze wie folgt beschrieben (S. 105): „Die ...stadt K. legt Wert auf ein umfassendes Beratungsangebot der Bieter, um Netzkunden zu allen netzrelevanten Themen zu beraten. Bewertungsgegenstand sind für dieses Unter-Unterkriterium daher zum einen der von den Bietern im Rahmen der Fernkommunikationsmittel sowie persönlich in den Kundencentern angebotene Beratungsumfang. Zum anderen wird die Informationsweitergabe sowie der Informationsumfang bei Versorgungsunterbrechungen berücksichtigt.“ Für die Bewertung maßgebend ist demnach der Umfang der Beratungsangebote und Informationsleistungen bei Versorgungsunterbrechungen, sodass das Angebot, welches die umfassendere Beratung bzw. Information der Netzkunden bietet, besser zu bewerten ist.

89 Diesen Vorgaben wird das Auswertungsgutachten nicht gerecht. Es fehlt bereits an einem die vorgenannten Anforderungen berücksichtigenden Vergleich beider Angebote, denn die „vergleichende Gegenüberstellung“ beschränkt sich auf die Einschätzungen,

dass die Aspekte „Informationsangebot im Internet“, „Informationsangebot per Telefon“, „Informationsangebot vor Ort im Kundencenter“ und „Informationsangebot bei Versorgungsunterbrechungen“ in beiden Angeboten jeweils „vollumfänglich erfüllt“ seien; der Aspekt „Informationsangebot für den Netzbeirat“ sei im Angebot der Verfügungsklägerin „vollumfänglich erfüllt“, während das Angebot der P. hierzu „keine Angabe“ enthalte. Das Gutachten hat damit eine Bewertung anhand eines Erfüllungsgrades vorgenommen, der dem in den Ausschreibungsbedingungen bestimmten Ziel nicht korrespondiert. Ausgehend von den im Gutachten formulierten Anforderungen wäre es zur Bewertung dieses Unter-Unterkriteriums stattdessen erforderlich gewesen, für jeden Punkt dasjenige Angebot mit dem größeren Leistungsumfang zu ermitteln. Eine derartige Betrachtung erfolgte nicht, sondern ist im Gutachten letztlich offen gelassen worden, indem dem Angebot der Verfügungsklägerin (lediglich) ein höherer „Detaillierungsgrad“ beigemessen wird, der jedoch „nicht unweigerlich zu einem zusätzlichen Vorteil für die ...stadt K. und die Netzkunden [führt]“. Die Ermittlung derartiger (zusätzlicher) Vorteile für die ...stadt K. und die Netzkunden war indes Voraussetzung für eine den Ausschreibungsbedingungen entsprechende Bewertung dieses Kriteriums. Die Einschätzung des Auswertungsgutachtens, wonach das Angebot der P. mit 18 Punkten als nahezu gleichwertig zu dem mit 20 Punkten bewerteten Angebot der Verfügungsklägerin sei, ist daher nicht nachvollziehbar, ohne dass es auf die insofern von der Verfügungsbeklagten angestellten Erwägungen zur Darlegungs- und Beweislast noch ankäme.

(5)

- 90 Zutreffend hat das Landgericht ferner ausgeführt, dass die bessere Bewertung des Angebotes der P. im Unter-Unterkriterium „Kosteneffizienz“ (Ziffer 1.4.2 der Bewertungsmatrix) insofern unplausibel ist, als die dazu im Auswertungsgutachten angeführte Begründung nicht trägt. Die P. hat in diesem Punkt das bessere Ergebnis erzielt mit 10 Wertungspunkten bei einem Gewichtungsfaktor von 4, also 40 Punkten, während die Verfügungsklägerin insgesamt 32 Punkte erzielt hat, nämlich 8 Wertungspunkte, gewichtet mit dem Faktor 4.
- 91 Im Auswertungsgutachten heißt es hierzu zusammenfassend (S. 112): „Der Vergleich der Ausführungen der Bewerber zeigt, dass die E. bei ihren Erläuterungen im Wesentlichen auf allgemeine Maßnahmen im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit abstellt, während von der P. konkrete Einzelmaßnahmen angeführt werden, welche zu einem kosteneffizienten Netzbetrieb in der ...stadt K. beitragen sollen. Beispielhaft wird verwiesen auf die Senkung der Betriebskosten durch den Einsatz von Solarenergie zur Eigenverbrauchsdeckung in den Gebäuden und im Wasserwerk oder die Anweisung der Mitarbeiter zu ressourcenschonendem Verhalten. Die Anzahl der Maßnahmen sowie insbesondere der Konkretisierungsgrad fallen im Angebot der P. höher aus. Daher bewerten wir das Angebot der P. mit 10 Punkten. Auf einer Skala von 0 Punkten (es wurde kein wertbares Angebot abgegeben) bis 10 Punkten (Angebot der P.) enthält das Angebot der E. erkennbare Defizite, aufgrund derer das Angebot im Vergleich zum Angebot der P. nicht mehr als gleichwertig oder nahezu gleichwertig bewertet werden kann. Demgegenüber ist der Qualitätsunterschied zwischen den Angeboten nicht so groß, dass ein erheblicher Punktabzug gerechtfertigt wäre. Vor diesem Hintergrund ist das Angebot der E. mit 8 Punkten zu bewerten.“
- 92 Diese Einschätzung wird durch den dargestellten Angebotsinhalt nicht getragen. Im Gutachten werden als insofern bewertungsrelevante Inhalte aus dem Angebot der P. unter anderem angeführt, dass mithilfe der Netzplanung sichergestellt werde, dass das Netz

so effizient wie möglich auf die Versorgungsaufgabe ausgerichtet werde, dass der erforderliche Ressourceneinsatz unter Berücksichtigung der Sicherheit und Versorgungsqualität beispielsweise durch eine koordinierte Planung für die Sparten Strom, Gas und Wasser optimiert werde, dass auch die Koordination von Netzverlegungsmaßnahmen zwischen den Sparten verbessert werde, dass im Bedarfsfall Abstimmungsgespräche mit anderen Ver- und Entsorgungsträgern geführt würden, dass Erneuerungsmaßnahmen im Bereich der Investitionen verstärkt abgebildet würden, sofern dies technisch und wirtschaftlich sinnvoll sei, dass die Effizienz durch laufende Benchmark- und Controlling-Prozesse gewährleistet sei, dass zur Optimierung des Personal- und Sachmitteleinsatzes Dienstleistungen vergeben würden, dass Synergien und Skaleneffekte aus der Zugehörigkeit zum G-Unternehmensverbund geschöpft würden und dass durch persönliche Kontakte eine effiziente Zusammenarbeit mit den ortsansässigen Partnerunternehmen garantiert werden könne. Diese Aufzählung bezeichnet allerdings ganz überwiegend keine konkreten Maßnahmen und lässt zudem nicht erkennen, inwieweit kostensenkende Wirkungen oder andere Vorteile für die Verfügungsbeklagte zu erwarten sind. Es ist deshalb - auch wenn sich das Angebot der Verfügungsklägerin insoweit auf allgemeine Maßnahmen im Rahmen unternehmerischer Tätigkeit beschränkt - nicht nachvollziehbar, inwiefern das Angebot der P. dem Angebot der Verfügungsklägerin überlegen ist.

- 93 Im Ergebnis gilt dasselbe für die in der zusammenfassenden Bewertung hervorgehobene Senkung der Betriebskosten durch den Einsatz von Solarenergie zur Eigenverbrauchsdeckung in den Gebäuden und im Wasserwerk. Dem Auswertungsgutachten ist nicht zu entnehmen, inwieweit entsprechende Planungen der P. in zeitlicher Hinsicht konkretisiert sind und deren Umsetzung innerhalb des Konzessionszeitraumes zu erwarten ist. Zudem fehlt es an einer Einbeziehung der Anschaffungs- und Herstellungskosten, die auch den insofern in Bezug genommenen Ausführungen zu dem Unter-Unterkriterium „Vermeidung von CO₂-Emissionen“ (s. S. 139 des Auswertungsgutachtens) nicht zu entnehmen sind. Von daher ermangelt es der Bewertung auch insofern an einem ausreichend ermittelten Sachverhalt für die Beurteilung, ob das Angebot der P. wegen des in Aussicht gestellten Einsatzes von Solarenergie zur Eigenverbrauchsdeckung einen effizienteren Netzbetrieb erwarten lässt, als das Angebot der Verfügungsklägerin.
- 94 Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Angebot der Verfügungsklägerin ebenfalls keine konkreten Maßnahmen zur Erreichung eines möglichst kosteneffizienten Betriebes des Stromnetzes enthält, ist insgesamt die bessere Bewertung der P. und die Einschätzung, das Angebot der Verfügungsklägerin sei demjenigen der P. „nicht mehr nahezu gleichwertig“, nicht nachvollziehbar.
- (6)
- 95 Ohne Erfolg bleibt die Berufung des Weiteren hinsichtlich der vom Landgericht beanstandeten Wertung der Angebote in dem Unter-Unterkriterium „Beratung zum Netzanschluss von EEG-Anlagen“ (Ziffer 1.6.1 der Bewertungsmatrix). Die Verfügungsklägerin hat auf ihr Angebot in diesem Punkt die bessere Wertung erhalten, nämlich 10 Wertungspunkte (bei einem Gewichtungsfaktor von 3 mithin 30 Punkte), das Angebot der P. ist mit 9 Wertungspunkten (insgesamt 27 Punkten bei dem Gewichtungsfaktor 3) nur etwas schlechter bewertet.
- 96 Das Landgericht hat es für nicht nachvollziehbar gehalten, dass das Angebot der P. in diesem Kriterium als mit dem Angebot der Verfügungsklägerin nahezu gleichwertig bewertet worden ist. Das Auswertungsgutachten stütze sich diesbezüglich auf den größte-

ren Detaillierungsgrad des Angebotes der Verfügungsklägerin, während deren unstreitig größere Erfahrung, qualitative Elemente sowie der Umstand, dass das Angebot der P. insoweit als nur „teilweise vorhanden“ bezeichnet werde, nicht erkennbar berücksichtigt seien. Der dagegen vorgebrachte Einwand der Verfügungsbeklagten, es komme lediglich darauf an, ob überhaupt eine Beratung angeboten werde, decke sich nicht mit den Anforderungen des 1. Verfahrensbriefes. Auch hiergegen ist nichts zu erinnern.

- 97 Im 1. Verfahrensbrief sind die Bewertungsgrundsätze für dieses Kriterium wie folgt beschrieben (Seite 4): „Der künftige Netzbetrieb soll ... unter Berücksichtigung des zunehmenden Beruhens auf erneuerbaren Energien erfolgen. Aus Sicht der ...stadt K. ist es daher wichtig, dass Netzkunden eine möglichst umfassende Beratung zu Netzanschlussfragen von EEG-Anlagen erhalten.“ Entscheidend für die Bewertung ist demnach der Umfang des Beratungsangebotes, sodass das Angebot, welches die umfassendere Beratung der Netzkunden zu Fragen des Netzanschlusses von EEG-Anlagen bietet, besser zu bewerten ist.
- 98 Wie schon bei dem Unter-Unterkriterium „Informationsangebot für Netz Kunden“ berücksichtigt das Auswertungsgutachten auch hier die Verfahrensbedingungen nur unvollständig. Die „vergleichende Gegenüberstellung“ der bewertungsrelevanten Angebotsinhalte (Seite 147 des Auswertungsgutachtens) beschränkt sich auf die Feststellungen, dass „Beratungsservice per Telefon, Internet, E-Mail und vor Ort“ jeweils „vorhanden“ sowie ein „Beratungsangebot“ im Angebot der Verfügungsklägerin „vorhanden“ und im Angebot der P. „teilweise vorhanden“ sei. Auch hier nimmt das Gutachten damit eine Bewertung anhand eines den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprechenden Erfüllungsgrades vor. Zudem ist der nach diesen Bedingungen bewertungsrelevante Sachverhalt dem Auswertungsgutachten nicht nachvollziehbar zu entnehmen. Dieses beschränkt sich auf die Aussage, dass das Angebot der Verfügungsklägerin einen insofern „höheren Detaillierungsgrad“ aufweise, der „jedoch nicht unweigerlich zu einem zusätzlichen Vorteil für die ...stadt K. und die Netzkunden [führe]“. Dem Grunde nach zutreffend werden im Gutachten zwar Erwägungen dazu angestellt, dass bestimmte von der Verfügungsklägerin in diesem Zusammenhang angebotenen Leistungen für das hier in Rede stehende Unter-Unterkriterium nicht relevant seien. Der Bewertung ermangelt es aber an der für die vergleichende Bewertung erforderlichen Betrachtung, ob das Angebot der Verfügungsklägerin oder dasjenige der P. einen größeren Umfang an als relevant eingestuften Leistungen enthält.
- 99 Soweit das Auswertungsgutachten zusammenfassend ausführt: „Hinsichtlich des für Netzkunden zur Verfügung stehenden Kommunikationskanals treffen beide Bewerber keine Einschränkungen und nehmen über alle Kommunikationswege Kundenanliegen entgegen“, ist die Bewertung nicht nachvollziehbar. Sie korrespondiert insbesondere nicht mit den dargestellten bewertungsrelevanten Angebotsinhalten. Denn danach umfasst das Angebot der Verfügungsklägerin einen Online-Service, der Neukunden die Anmeldung zum Netzanschluss einschließlich Statusnachfrage sowie die Inbetriebsetzung und Anlagenveränderung für elektrische Anlagen aller Art ermöglicht, während vergleichbare Leistungen der P. nicht beschrieben werden.
- 100 Auf die in diesem Zusammenhang weiter zwischen den Parteien erörterten Erwägungen zur Darlegungs- und Beweislast bzw. zur Anzahl der von beiden Bietern in der Vergangenheit angeschlossenen EEG-Anlagen kommt es nicht mehr an.

(7)

- 101 Zutreffend hat das Landgericht weiter ausgeführt, dass die bessere Bewertung des Angebotes der P. im Unter-Unterkriterium „Strategie zur Netzintegration von EEG-Anlagen“ (Ziffer 1.6.2 der Bewertungsmatrix) mit 10 mal 2 = 20 Punkten gegenüber der Bewertung der Verfügungsklägerin mit 8 mal 2 = 16 Punkten unter anderem deshalb nicht plausibel ist, weil das Auswertungsgutachten nicht erkennen lässt, inwieweit die bewertungsrelevanten Inhalte des Angebots der P. dem Angebot der Verfügungsklägerin überlegen sind.
- 102 Soweit das Auswertungsgutachten hervorhebt, die P. stelle zahlreiche Maßnahmen zur zukünftigen Integration von EEG-Anlagen dar, fehlt es zunächst an einer hinreichenden und vollständigen Ermittlung des Sachverhalts. Das Gutachten lässt nicht erkennen, welche konkreten Maßnahmen die Strategie der P. zur Netzintegration von EEG-Anlagen umfasst und inwiefern deren Angebot deshalb dem Angebot der Verfügungsklägerin überlegen ist. Das Gutachten berücksichtigt in seiner Begründung auch nicht, dass zumindest ein Teil dieser Maßnahmen aufgrund der die Netzbetreiber bindenden Regelungen des EEG ohnehin beiden Bietern anfällt. So erschließt sich insbesondere im Hinblick auf die Verpflichtungen der Netzbetreiber aus § 12 Abs. 1 EEG nicht, welche Vorteile die von der P. in Aussicht gestellte Erstellung der Potenzialanalyse zur Abschätzung zukünftigen Bedarfs bietet. Entsprechendes gilt für die im Angebot der P. avisierte Abstimmung mit der Verfügungsbeklagten über mögliche Standorte, insbesondere für größere Erzeugungsanlagen. Denn es ist nichts dafür ersichtlich, dass (nur) die Verfügungsbeklagte selbst im Konzessionszeitraum größere Erzeugungsanlagen errichten bzw. über deren Standort entscheiden wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass große Photovoltaik-, Windkraft- und Biomasseanlagen in erster Linie von Dritten geplant und gebaut werden und dass die Verfügungsbeklagte dabei allenfalls in geringem Umfang Einfluss auf die Standortwahl haben wird. Soweit als Bestandteil der Strategie der P. zu deren Gunsten gewürdigt worden ist, dass sie die „Entwicklung des Zubaus von erneuerbaren Erzeugungskapazitäten in der mittel- bzw. langfristigen Netzplanung“ berücksichtige, und dass sie einen „angemessenen Um- und Ausbau des Stromnetzes unter Berücksichtigung der technischen und regulatorischen Möglichkeiten“ durchführe (Seite 151 des Auswertungsgutachtens), ist kein konkreter Inhalt erkennbar, der besondere Vorteile gegenüber dem Angebot der Verfügungsklägerin erkennen lässt. Soweit schließlich zu Gunsten des Angebots der P. die „Prüfung des Einsatzes neuer Technologien wie beispielsweise der Power-to-Gas-Technologie zur Koppelung von Strom- und Gasnetzen“ in die Bewertung einbezogen ist, fehlt es an Ausführungen dazu, inwieweit Aussicht besteht, dass die lediglich angekündigte „Prüfung“ innerhalb des Konzessionszeitraums auch zu realisierbaren Vorteilen für die Verfügungsbeklagte oder die Netzkunden führt.
- 103 Ob die Bewertung darüber hinaus auch hinsichtlich der die um ein Vielfaches größere Erfahrung der Verfügungsklägerin ausblendende Annahme des Auswertungsgutachtens zu beanstanden ist, dass beide Bewerber aufgrund der Integration zahlreicher EEG-Anlagen in ihr Stromnetz ausreichend Erfahrung für die Umsetzung ihrer diesbezüglichen Strategien mitbringen (Seite 150 des Gutachtens), bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung.

(8)

- 104 Dem Landgericht ist des Weiteren darin beizutreten, dass es im Auswertungsgutachten auch hinsichtlich der Bewertung des Unter-Unterkriteriums „Vermeidung von Straßenauf-

brüchen“ (Ziffer 3.1.5 der Bewertungsmatrix) an einer ausreichenden Begründung fehlt. In diesem Punkt ist das Angebot der P. mit der Höchstpunktzahl von 10 (10 Wertungspunkte, Gewichtungsfaktor 1) bewertet worden, das Angebot der Verfügungsklägerin hat 9 (9 Wertungspunkten, Gewichtungsfaktor 1) erzielt.

- 105 Die Begründung des Gutachtens erschöpft sich in Bezug auf dieses Kriterium in der apodiktischen Feststellung (S. 182): „Dem Ziel, Straßenaufbrüche soweit wie möglich zu vermeiden, wird das Angebot der P. insbesondere durch die Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung von Straßenaufbrüchen inklusive gemeinsamer Bauleitung etc. ... am besten gerecht.“ Sachliche Erwägungen, warum das Angebot der Verfügungsklägerin - welches unter anderem vorsieht, durch die Verfügungsbeklagte veranlasste Straßenaufbrüche auch für vorzeitige Baumaßnahmen zu nutzen und gegen Erstattung des Mehraufwandes kommunale Leitungen und Leerrohre mit zu verlegen - dem Angebot der P. unterlegen ist, lässt das Gutachten hingegen nicht erkennen. Der einzig erkennbare Unterschied zwischen beiden Angeboten liegt darin, dass die P. sich zu einer gemeinsamen Bauleitung mit der Verfügungsbeklagten verpflichtet. Dass und inwiefern dies einen wertungsrelevanten Vorteil für die Verfügungsbeklagte begründet, stellt das Gutachten nicht dar. Damit entspricht die Wertung auch insofern nicht den eingangs dargestellten Anforderungen an ein transparentes Verfahren.

cc)

- 106 Dem Landgericht ist hingegen nicht darin zu folgen, als es die Bewertung der Angebote in den Unter-Unterkriterien „Sicherheitsvorkehrungen zur Vermeidung von Schadensereignissen“ und „Örtliche Erreichbarkeit des Netzbetreibers“ beanstandet hat.

(1)

- 107 Das Landgericht hat ausgeführt, die Bewertung der Angebote im Unter-Unterkriterium „Sicherheitsvorkehrungen zur Vermeidung von Schadensereignissen“ (Ziffer 1.1.5 der Bewertungsmatrix) beruhe auf einer Verkürzung des Rechts der Verfügungsklägerin auf rechtliches Gehör. Die Verfügungsklägerin habe das diesbezügliche Leistungsziel der Verfügungsbeklagten missverstanden und daher statt der Vermeidung von vom Netz ausgehenden Gefahren ihr Krisenmanagement in den Vordergrund gestellt. Dieses Missverständnis sei für die Verfügungsbeklagte bzw. die von ihr beauftragten Gutachter erkennbar gewesen und habe Anlass gegeben, der Verfügungsklägerin eine dahingehende Nachbesserung ihres Angebotes zu ermöglichen. Auch sei davon auszugehen, dass die Verfügungsklägerin ihr Angebot bei sachgerechter Aufklärung entsprechend geändert haben würde und dass sie über geeignete Sicherheitsvorkehrungen verfüge.

- 108 Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Von der Verfügungsbeklagten war nicht zu erwarten, die Verfügungsklägerin über ein mögliches Missverständnis in Bezug auf die Interpretation dieses Kriteriums aufzuklären.

- 109 Zwar standen die Parteien nach der Interessenbekundung der Verfügungsklägerin, der Übersendung des 1. Verfahrensbriefes und dem am 16.02.2016 geführten Bietergespräch in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 09.06.2011 - X ZR 143/10, BGHZ 190, 89), aufgrund dessen die Verfügungsklägerin grundsätzlich gemäß § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB gegenüber der Verfügungsbeklagten Rücksichtnahme auf ihre Interessen beanspruchen konnte. Daraus ergibt sich aber entgegen der Ansicht der Verfügungsklägerin im vorliegenden Fall nicht die Verpflichtung der

Verfügungsbeklagten, die Verfügungsklägerin nach Abgabe des Angebots auf das in Rede stehende Missverständnis hinzuweisen. Eine Pflicht der Gemeinde, in Fallgestaltungen der vorliegenden Art auf Unvollständigkeiten oder Fehler in abgegebenen Angeboten hinzuweisen, kann wegen der gemäß § 46 EnWG zu gewährleistenden Diskriminierungsfreiheit nur unter engen Voraussetzungen angenommen werden. Entsprechend der Rechtslage im Kartellvergaberecht kommt eine solche Pflicht allenfalls bei offensichtlichen Eintragungsfehlern (vgl. KG, Beschluss vom 07.08.2015 - Verg 1/15, NZBau 2015, 790) oder betreffend solcher Umstände in Betracht, die Bieter nicht erkennen konnten (vgl. BGH, Urteil vom 27.06.2007 - X ZR 34/04 - Gutachtenverfahren, NZBau 2007, 727). Beruht der Fehler eines Angebots auf der Ausschreibung, weil etwa ein Kriterium missverständlich formuliert worden ist, ist das unter Umständen betreffende Kriterium bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes nicht zu berücksichtigen (s. etwa BGH, Urteil vom 03.06.2004 - X ZR 30/03, NZBau 2004, 517).

- 110 Eine vergleichbare Fallgestaltung ist im Streitfall nicht gegeben. Die Verfahrensanforderungen sind in dem hier in Rede stehenden Punkt nicht unklar. Vielmehr hat die Verfügungsbeklagte auf Seite 3 des 1. Verfahrensbriefes ihre diesbezüglichen Anforderungen unmissverständlich formuliert: „Aus Sicht der ...stadt K. ist es ... wichtig, dass von dem Netzanlagen keine Gefahren ausgehen. Der Bewerber soll daher plausibel darstellen, welche Sicherheitsvorkehrungen er zur Vermeidung von Schadensereignissen ergreifen wird.“ Aus Sicht der Bieter waren danach die Erwartungen der Vergabestelle hinreichend erkennbar. Dies gilt zumal für die Verfügungsklägerin als einem mit der Bewerbung um den Abschluss von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG erfahrenen Unternehmen.
- 111 In der Folge ist gegen die Bewertung der Angebote der P. mit $10 \times 5 = 50$ Punkten und der Verfügungsklägerin mit $5 \times 5 = 25$ Punkten nichts zu erinnern. Das Auswertungsgutachten stützt diese Wertung insbesondere darauf, dass das Angebot der P. detaillierte Angaben darüber enthalte, wie die Netzanlagen vor Schadensereignissen geschützt werden. Als solche werden unter anderem die Sicherheitsunterweisung von Mitarbeitern, die Ausstellung von Schachtscheinen und Kabellageplänen, die Kontrolle der notwendigen Lehrgänge der vertraglich gebundenen Fachfirmen, ein separates Schließsystem und die Beachtung des Kletterschutzes genannt. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die P. bei I. GmbH, einem Unternehmen, welches unter anderem Dienstleistungen im Hinblick auf Leitungsauskünfte erbringt, gelistet sei. Dem gegen diese Bewertung von der Verfügungsklägerin erhobenen Einwand, bei den von der P. aufgeführten Maßnahmen handle es sich um Selbstverständlichkeiten, fehlt es an einer schlüssigen Begründung, weshalb die Verfügungsbeklagte die von der P. genannten Sicherheitsvorkehrungen ebenso von der Verfügungsklägerin erwarten konnte, ohne dass das Angebot überhaupt Angaben zur Vermeidung von Störungen im regelmäßigen Netzbetrieb enthielt. Entgegen der Ansicht der Verfügungsklägerin lassen die angeführten Maßnahmen an dieser Stelle die angebotene Leistung hinreichend klar erkennen. Dies betrifft insbesondere auch die im Auswertungsgutachten angeführte Zusage der P., an Masten, Gittermasten und Maststationen im Mittelspannungsbereich Aufkletterschutzvorrichtungen anzubringen, soweit solche noch nicht vorhanden sind.
- (2)
- 112 Ebenfalls nicht zu folgen vermag der Senat der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich der Bewertung des Unter-Unterkriteriums „Örtliche Erreichbarkeit des Netzbetreibers“ (Ziffer 1.3.2 der Bewertungsmatrix).

- 113 Das Landgericht hat hierzu im Wesentlichen ausgeführt, die bessere Bewertung des Angebotes der P. in diesem Unter-Unterkriterium sei nicht nachvollziehbar, da sich das Auswertungsgutachten nicht dazu verhalte, ob das Kundencenter spätestens zum Zeitpunkt der Netzübernahme errichtet und in Betrieb genommen werde. Die von der Verfügungsbeklagten behauptete Absicht der P., gegebenenfalls die bereits bestehende Kundenanlaufstelle der N.-gesellschaft K. weiterzuentwickeln, rechtfertige mangels Offenlegung der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse und Mitteilung weiterer Umstände zur Validierung der behaupteten Absicht der P. keine andere Würdigung.
- 114 Dem hält die Berufung zu Recht entgegen, dass das Angebot der P. nach dessen im Auswertungsgutachten mitgeteilten Inhalt die Zusicherung umfasst, „im Zuge der Stromnetzbewirtschaftung ... die Kundenanlaufstelle der N.-gesellschaft K. weiter [zu] entwickeln und mit dem Kundenzentrum des Stromnetzes an einem verkehrsgünstig gelegenen Standort in der Innenstadt von K. zusammen[zu]führen“ (Seite 90 des Auswertungsgutachtens). Ferner heißt es dort: „Diesbezüglich sieht die P. vor, rechtzeitig zur Übernahme des Netzbetriebs ein Kundencenter in K. einzurichten, das zu den gleichen Geschäftszeiten offen hat, wie das Kundencenter in Pe.“
- 115 Entgegen der Annahme des Landgerichtes ist der Zeitpunkt der Bereitstellung eines Kundencenters im Gebiet der Verfügungsbeklagten damit im Auswertungsgutachten berücksichtigt worden. Weiterer Ausführungen dazu, weshalb das Angebot der P. in diesem Punkt als verlässlich einzuschätzen ist, bedurfte es im Auswertungsgutachten nicht. Die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der P. ist im Gutachten (Seite 6) anhand der vorgelegten Eignungsnachweise bejaht worden und steht auch zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits nicht in Frage. Besondere Umstände, die Zweifel an der Bereitschaft oder Fähigkeit der P. zur Umsetzung der Ankündigung der Einrichtung eines Kundencenters in K. zum Zeitpunkt der Übernahme des Netzbetriebes begründeten, sind nicht ersichtlich. Gleiches gilt hinsichtlich der angekündigten Kooperation mit der N.-gesellschaft K.. Auch insofern bestand keine Veranlassung zur Verifizierung der Zusage der P.. Das Auswertungsgutachten ist mithin berechtigterweise davon ausgegangen, dass die P. die Einrichtung eines Kundencenters im Gebiet der Verfügungsbeklagten angeboten hat, während die Verfügungsklägerin die örtliche Erreichbarkeit über ihr in N./D. vorhandenes Kundencenter vorsieht.
- 116 Die Berücksichtigung der wöchentlichen Öffnungszeiten - insgesamt 37,5 h nach dem Angebot der P. und 28 h nach dem Angebot der Verfügungsklägerin - ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass eine Gewichtung nach der vermeintlichen Relevanz konkreter Öffnungszeiten geboten wäre, namentlich im Hinblick auf die Schließzeit des Kundencenters der Verfügungsklägerin täglich in der Zeit zwischen 12:00 Uhr und 13:00 Uhr.
- 117 Die Bewertung der Angebote der P. mit $10 \times 2 = 20$ Punkten und der Verfügungsklägerin mit $7 \times 2 = 14$ Punkten überschreitet daher den der Verfügungsbeklagten insoweit zustehenden Beurteilungsspielraum nicht. Die hiergegen von der Verfügungsklägerin des Weiteren erhobenen Einwände, in ihrem Kundencenter stünden mehr Ansprechpartner zur Verfügung, die zudem höher qualifiziert seien, greifen nicht durch. Nach den Kriterien des 1. Verfahrensbriefes kommt es für das Unter-Unterkriterium „Örtliche Erreichbarkeit des Netzbetreibers“ darauf an, dass „der Netzbetreiber ... auch für ein persönliches Gespräch mit einem Kundenberater örtlich gut erreichbar ... [ist], so dass die Wege für die Kunden so kurz wie möglich gehalten werden können“ (Anlage ASt 8, Seite 3). Das

Auswertungsgutachten hat daher zu Recht allein auf Aspekte der örtlichen Erreichbarkeit eines Kundenbetreuers und nicht (auch) auf eine potentiell unterschiedliche Qualität der Beratung abgestellt.

d)

- 118 Auch wenn der Senat der landgerichtlichen Bewertung hinsichtlich der Unter-Unterkriterien „Sicherheitsvorkehrungen zur Vermeidung von Schadensereignissen“ und „örtliche Erreichbarkeit des Netzbetreibers“ nicht folgt, ist die Auswahlentscheidung aus den unter c) aa) aufgeführten Gründen insgesamt fehlerhaft, denn die Fehler ziehen sich durch das gesamte Gutachten. Die insoweit nur exemplarisch aufgezeigten Mängel betreffend die Auswertung der Unter-Unterkriterien „Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen“, „Zügige Durchführung von Störungsbeseitigungen“, „Investitionsstrategie“, „Informationsangebot Netzkunden“, „Kosteneffizienz“, „Beratung zum Netzanschluss von EEG-Anlagen“, „Strategie zur Netzintegration von EEG-Anlagen und „Vermeidung vom Straßenaufbrüchen“ lassen erkennen, dass die Verfügungsbeklagte bei ihrer Auswertung zu nicht vernachlässigenswerten Teilen nicht von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist und dass mangels ausreichender Begründung der Wertungsentscheidungen nicht hinreichend nachvollziehbar ist, ob sich die Bewertung im Rahmen der allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe hält. Es bedarf deshalb keiner Ausführungen zu der in dem Auswertungsgutachten vorgenommenen und von der Verfügungsklägerin ebenfalls angegriffenen Bewertung der weiteren Unter-Unterkriterien.
- 119 Diese fehlerhafte Auswahlentscheidung stellt einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG und damit zugleich eine unbillige Behinderung der Verfügungsklägerin als Mitbewerber um die Konzession gemäß § 20 Abs. 1 GWB dar. Bereits in seiner dem streitgegenständlichen Auswahlverfahren vorangegangenen Entscheidung hat der Senat ausgeführt, das Verfahren, die auf Ausschreibungsebene in einer konzeptuell offenen Weise geführt werden, der Auftraggeber auf der Wertungsseite erhöhten Anforderungen an die Begründung der vorgenommenen Bewertung und Entscheidung unterliegt (Senat, Urteil vom 22.08.2017 - 6 U 1/17 Kart, juris Rn. 129). „Diesen Anforderungen genügt er nur dann, wenn er die Inhalte der Angebote vergleichend gegenüberstellt und die für seine Entscheidung maßgeblichen Punkte nachvollziehbar darstellt. Die Beurteilung der gegenübergestellten Angebotsbestandteile ist dabei so nachvollziehbar zu begründen, dass eine Überprüfung dahingehend stattfinden kann, ob das Beurteilungsermessen beanstandungsfrei ausgeübt worden ist. Dies erfordert unter anderem, hinsichtlich solcher Angebotsbestandteile, die in dem Angebot eines Bieters besonders hervorgehoben werden, zu dokumentieren, ob und inwiefern die Konkurrenzangebote vergleichbare Leistungen beinhalten. Enthält nur eines der zu vergleichenden Angebote eine bestimmte Leistung, ist auszuführen, ob und weshalb diese Leistung als relevant eingestuft wird und wie sie bzw. ihr Fehlen bewertet werden. Weist ein Bieter eine Leistung oder eine Qualifizierung nach, die der andere, etwa als sogenannter Newcomer, noch nicht anzubieten vermag, jedoch beizubringen verspricht, muss dies nicht notwendig zu einer Abwertung dieses Angebotes führen. Eine ebenbürtige oder annähernd gleichwertige Bewertung setzt jedoch voraus, dass die Zusicherung künftigen Beibringens auf ihrer Realisierbarkeit überprüft worden und dass ihre Validität nachvollziehbar begründet worden ist“ (Senat, aaO Rn. 130). Diesen Anforderungen genügt auch das nach Erlass der vorangegangenen Senatsentscheidung von der Verfügungsbeklagten neu in Auftrag gegebene Bewertungsgutachten nicht.

e)

- 120 Der dagegen von der Verfügungsbeklagten erhobene Einwand fehlender Kausalität greift nicht durch.
- 121 Ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligter Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (BGHZ 199, 289 - Stromnetz Berkenthin, Rn. 55; BGH, Urteil vom 17.12.2013 - KZR 65/12 - Stromnetz Heiligenhafen, Rn. 51; jeweils zitiert nach juris). Ist ein fehlerhaftes Auswahlverfahren festgestellt, ist eine unbillige Behinderung nur zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf das Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber das Wegenutzungsrecht auf jeden Fall auch ohne Verfahrensfehler erhalten hätte (BGH, a. a. O.). Dies kommt allenfalls bei einer geringfügigen Fehlgewichtung im Kriterienkatalog im Betracht, die ersichtlich keinen Einfluss auf die Platzierung der Bewerber haben konnte. Davon ist im Streitfall aber nicht auszugehen.
- 122 Hinsichtlich der Unter-Unterkriterien, die nach dem Vorstehenden zu beanstanden sind, sind bei zutreffender Bewertung unter Berücksichtigung des der Verfügungsbeklagten zukommenden Beurteilungsspielraums Differenzen von jeweils mindestens drei Punkten und daher nach Anwendung der Gewichtungsfaktoren eine Änderung um insgesamt mindestens 84 Punkte zu Gunsten der Verfügungsklägerin nicht auszuschließen. Damit wäre der Zuschlag auf das Angebot der Verfügungsklägerin, welches nach der angegriffenen Wertung der Verfügungsbeklagten zuletzt 69 Punkte hinter dem Angebot der P. zurücklag, zu erteilen. An einer konkreteren Bezifferung der den konkurrierenden Angeboten richtigerweise gemäß den von der Verfügungsbeklagten vorgegebenen Kriterien (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12.09.2019 - U 678/19 Kart, BeckRS 2019, 29906) zukommenden Wertungsergebnisse sieht sich der Senat nicht nur wegen des der Verfügungsbeklagten bei der Bewertung zukommenden Beurteilungsspielraumes, sondern auch deshalb gehindert, weil es den hier zu beanstandenden Bewertungen der betreffenden Unter-Unterkriterien nach dem Vorstehenden insbesondere an einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ermangelt.
- 3.
- 123 Der Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes bedarf es nicht, § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG.
- 4.
- 124 Die Kostenentscheidung begründet sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.