

Gericht:	OLG Frankfurt 1. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	10.12.2019
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	11 U 118/19 (Kart)
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2019:1210.11U118.19KART.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 1 EnWG, § 46 EnWG, § 47 EnWG, § 242 BGB
Zitiervorschlag:	OLG Frankfurt, Urteil vom 10. Dezember 2019 - 11 U 118/19 (Kart) -, juris

Vergabe eines Gaskonzessionsvertrags durch Gemeinde

Leitsatz

Bei der Ausschreibung zur Vergabe eines energierechtlichen Konzessionsvertrages steht es einer Gemeinde offen, im Rahmen ihrer Bewertungsmatrix Kriterien festzulegen, durch die das energiewirtschaftliche Ziel einer möglichst sicheren Versorgung deutlich höher gewichtet wird als das Ziel der Preisgünstigkeit der Versorgung.

Verfahrensgang

vorgehend LG Wiesbaden, 10. Juli 2019, 12 O 18/19

Tenor

Die Berufung der Antragstellerin gegen das am 10. Juli 2019 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wiesbaden (Az.: 12 O 18/19) wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Nebeninterventientin zu tragen.

Das Urteil ist rechtskräftig.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin hat an der Ausschreibung der Antragsgegnerin für die Vergabe des Konzessionsvertrages zur Gasversorgung der Stadt A teilgenommen. Sie ist bisherige Konzessionsvertragspartnerin, soll aber nach dem Ergebnis der Ausschreibung nicht Vertragspartnerin des neuen Konzessionsvertrags werden. Dagegen richtet sich die Antragstellerin in dem hiesigen Eilverfahren, in dem sie 11 Rügen gegen das Vergabeverfahren erhebt.

- 2 Wegen des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil des Landgerichts Wiesbaden verwiesen. Hieraus werden lediglich zum besseren Verständnis die wesentlichen Daten wiederholt:
- 3 Mit öffentlicher Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom XX.XX.2015 zeigte die Antragsgegnerin an, dass der bisherige Wegenutzungsvertrag für das Gasverteilernetz der allgemeinen Versorgung (Gaskonzessionsvertrag) abgelaufen und dass eine Neuvergabe beabsichtigt ist (Anlage AST 03). Es folgte ein erster Verfahrensbrief, dem die streitgegenständliche Bewertungsmatrix beigefügt war. In dem Verfahrensbrief heißt es am Ende:
 - 4 ...IV. Gemäß den sich aus der Rechtsprechung zur Durchführung eines Konzessionierungsverfahrens ergebenden Hinweisen bietet die Einführung eines sog. Rügeregimes für alle Beteiligten eines Konzessionierungsverfahrens eine höhere Rechtssicherheit. Darauf hat sich die Stadt A entschlossen, für das bereits laufende Konzessionierungsverfahren ein Rügeregime entsprechend §§ 101a und 107 III GWB einzuführen. (AST 05).
 - 5 Mit Schreiben vom 23.12.2015 hat die Antragstellerin eine Bieterfrage zu Kriterium Nr. 2 (Netzleistungsfähigkeit) gestellt. Nach weiteren Verfahrensbürgen, in denen formelle Fragestellungen und Fragen anderer Bieter geklärt wurden, gab die Antragstellerin ein verbindliches Angebot ab. Mit Schreiben vom 1.9.2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie beabsichtige, den Gaskonzessionsvertrag mit der Nebeninterventientin abzuschließen. Bei der Gesamtbewertung habe sich in Bezug auf die Antragstellerin ein Abzug von 7 Punkten im Hinblick auf ihre schlechteren sog. „SAIDI-Werte“ ergeben, so dass sie lediglich 93 von möglichen 100 Punkten erreicht habe (Anlage AST 07).
 - 6 Nach Akteneinsicht hat die Antragstellerin am 6.8.2018 ein Rügeschreiben (Anlage AST 1) eingereicht, in dem folgende Verfahrensrügen erhoben werden, die auch jetzt noch streitgegenständlich sind:
 - 7 1. Bewertung des „seitherigen“ SAIDI-Wertes
 - 8 2. Bewertung des zukünftigen SAIDI-Wertes
 - 9 3. unzulässiger Bewertungsmaßstab der Gasnetzentgelte
 - 10 4. Diskriminierung im Vergleich zu SAIDI-Werten
 - 11 5. Unterbliebene Plausibilisierung zukünftiger Netzentgelte der Nebeninterventientin
 - 12 6. Unzulässige Berücksichtigung der Umstellung Hoch-/Mitteldrucknetz
 - 13 7. Fehlerhafte Bewertung des umweltverträglichen Netzbetriebs
 - 14 8. Fehlende Berücksichtigung der Effizienz
 - 15 9. Fehlende Berücksichtigung der Verbraucherfreundlichkeit

- 16 10. Unzureichende Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG
- 17 11. Unzulässige Berücksichtigung einer „Teilhabe am Netzbetrieb“
- 18 Die Antragsgegnerin hat diese Rügen mit Schreiben vom 14.1.2019 zurückgewiesen (Anlage AST 15) und der Antragstellerin zuletzt mit Schreiben vom 21.3.2019 mitgeteilt, dass sie beabsichtige, demnächst den Gaskonzessionsvertrag mit der Nebenintervenientin abzuschließen (Anlage AST 2). Die Antragsteller hat daraufhin das hiesige Eilverfahren eingeleitet, mit dem sie der Antragsgegnerin verbieten lassen will, einen Gaskonzessionsvertrag mit der Nebenintervenientin oder einem anderen Unternehmen abzuschließen, ohne zuvor den o.g. Rügen abgeholfen zu haben.
- 19 In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat die Antragsgegnerin die Auswertung zu den Kriterien 1 und 3 vorgelegt (Anlage zum Protokoll - Bl. 114 ff. d. A.). Auf die Anforderung des Landgerichts hat die Antragsgegnerin anschließend mit der Anlage AG 6 ein Exemplar des Bewertungsvorschlags vorgelegt, in der weitere Schwärzungen entfernt wurden (Bl. 157 / 188 d. A.).
- 20 Im Endergebnis haben nach dieser Auswertung die Antragstellerin und eine Mitbieterin je 93 von 100 und die Nebenintervenientin 97 von 100 Punkten erreicht (Bl. 187 d. A.).
- 21 Das **Landgericht** hat den Eilantrag zurückgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Antragstellerin sei gemäß § 242 BGB mit der Geltendmachung der Rügen 1-5 und 8-11 ausgeschlossen. Die Bieter seien im Rahmen eines Konzessionsverfahrens aufgrund einer unselbstständigen Nebenpflicht gegenüber der Gemeinde verpflichtet, diese auf Rechtsverstöße hinzuweisen, die sie entweder zu Beginn oder im Laufe des Verfahrens hätten erkennen und rügen können. Lediglich Rügen, die sich erst im Rahmen der Zuschlagsentscheidung herausgestellt hätten, seien nicht nach § 242 BGB präkludiert. Dies sei hier auch deswegen angezeigt gewesen, weil die Antragsgegnerin schon im ersten Verfahrensbrief habe anklingen lassen, dass sie Rügen nicht mehr zulassen wolle, die nach Ablauf einer von ihr gesetzten Frist erhoben würden.
- 22 Hier ergebe sich die Bewertungsmethode in Bezug auf den seitherigen und zukünftigen SAIDI-Wert mit hinreichender Deutlichkeit bereits aus der dem 1. Verfahrensbrief beigefügten Bewertungsmatrix. Entsprechendes gelte für die Bewertungsmethode des seitherigen und zukünftigen Netznutzungsentgeltes. Es habe kein Anlass bestanden und beeinträchtige die Geheimhaltungsinteressen der Nebenintervenientin, der Antragstellerin weitergehende Informationen zur Bewertung des Angebots der Nebenintervenientin zu kommen zu lassen, als die in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Unterlagen. Hinsichtlich der Rügen 8-11 sei die Antragstellerin ebenfalls gemäß § 242 BGB präkludiert, weil sämtliche vermeintliche Verfahrensfehler bereits bei Übersendung des Kriterienkatalogs erkennbar gewesen seien.
- 23 Es sei nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin durch eine unzulässige Berücksichtigung der geplanten Umstellung der Nebenintervenientin auf ein Hoch- bzw. Mitteldrucknetz diskriminiert worden sei. Die Antragsgegnerin habe nachvollziehbar dargelegt, wie ihre Bewertungsmatrix beim Kriterium „Umweltverträglichkeit des Netzbetriebs“ zu verstehen sei, weswegen die Rüge Nr. 7 unberechtigt sei.

- 24 Die **Antragstellerin** hat gegen das Urteil form-und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihr erstinstanzliches Ziel weiterverfolgt. Sie wirft dem Landgericht vor, sich mit seinen Erwägungen zur Präklusion in Widerspruch zu den Vorgaben des Bundesgerichtshofs und zur Rechtsprechung des erkennenden Senats gesetzt zu haben:
- 25 Der Bundesgerichtshof habe in der Leitentscheidung „Stromnetz Berkenthin“ (Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 112 bei juris) eine Rügeobliegenheit in einem laufenden Konzessionsverfahren nach § 107 GWB a. F. ausdrücklich abgelehnt. Entsprechend habe auch der jetzt erkennende Senat in mehreren Entscheidungen zu Ausschreibungsverfahren, die wie das hiesige vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten vom 27.1.2017 eingeleitet worden waren, ein Rügeregime analog § 47 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG n.F. verneint (Senat Beschluss vom 9.3.2015 - 11 W 47/14 (Kart) und Senat Urteil vom 3.11.2017 - 11 U 51/17 (Kart)).
- 26 Die Antragstellerin habe sich gegenüber der Antragsgegnerin auch nicht treuwidrig verhalten, da sie bereits dem Versuch der Antragsgegnerin, durch den ersten Verfahrensbrief ein Rügeregime analog den §§ 101 a, 107 GWB a.F. einzurichten, ausdrücklich entgegengetreten sei.
- 27 Im Übrigen seien die Rechtsverstöße und namentlich die Inkonsistenz der Bewertungsmethoden bei der Berücksichtigung der SAIDI-Werte und der Netznutzungsentgelte und deren Auswirkungen erst nach der Bewertung und nach der Akteneinsicht erkennbar gewesen. Mangels Kenntnis der SAIDI-Werte der Mitbieter habe die Antragstellerin bei Erhalt des 1. Verfahrensbriefes im November 2015 nicht erkennen können, welche Auswirkungen dies auf die spätere Bewertung haben würde.
- 28 Zu den einzelnen Rügen trägt die Antragstellerin wie folgt vor:
- 29 **1.+ 2. Bewertung der SAIDI-Werte**
- 30 Die Bewertung der Antragsgegnerin stimme nicht mit den in der Matrix dargelegten Bewertungsmaßstäben überein. Nach diesen Vorgaben hätte - anders als geschehen - ein Punktabzug lediglich bei Abweichungen von über einer Minute vorgenommen werden dürfen. Die seitherigen und die künftigen SAIDI-Werte der Antragstellerin wichen um weniger als 1 Minute von denen der Nebeninterventientin ab, so dass der Punktabzug weder mit der Ausschreibung in Einklang stehe, noch sachlich zu rechtfertigen sei. Das Kalenderjahr bestehe aus 8.760 Stunden und damit aus 525.600 Minuten, so dass diese Abweichung für die Netzzuverlässigkeit irrelevant sei. Die in der Bewertungsmatrix angekündigte lineare Interpolation von Abweichungen von weniger als 1 Minute weiche im Übrigen vom Bewertungsmaßstab ab, den die Antragsgegnerin bei den Gasnutzungsentgelten angelegt habe.
- 31 Im Übrigen habe es die Antragsgegnerin versäumt, den von der Nebeninterventientin prognostizierten SAIDI-Wert zu plausibilisieren. Dieser Wert liege fast 50 % unter den bisherigen Werten und niedriger als der letztlich in 2018 tatsächlich erreichte Wert. Ein Punktabzug von 5 Punkten bei der Antragstellerin sei nicht zu rechtfertigen.
- 32 **3. Bewertung der seitherigen Gasnetzentgelte**
- 33 Nach den Angaben der Antragsgegnerin sei die Preisdifferenz von ca. 30 % zwischen den Angeboten der Antragstellerin und der Nebeninterventientin nur mit einem Abzug von ei-

nem Punkt berücksichtigt worden, so dass die Preisgünstigkeit des klägerischen Angebo-tes nicht ausreichend berücksichtigt worden sei.

- 34 **4. Diskriminierende Bewertung von Netzentgelten und SAIDI-Wert**
- 35 Die Antragsgegnerin habe die relevanten Maßstäbe falsch angesetzt, da sie der Preis-günstigkeit der Antragstellerin ein zu geringes und den durch den SAIDI-Wert repräsen-tierten Netzausfallzeiten ein zu hohes Gewicht beigemessen habe. Ein Unterschied von weniger als 1 Minute Netzausfallzeit pro Jahr sei für den Gasverbraucher nicht wahr-nehmbar, wohl aber das deutlich höhere Preisgefüge der Nebenintervenientin, das in der Summe einen Mehrbetrag von fast 600.000 € netto pro Jahr für die Gaskunden in A aus-mache.
- 36 **5. Falsche Bewertung künftiger Netzentgelte der Nebenintervenientin**
- 37 Die Nebenintervenientin habe ein zukünftiges Netzentgelt von 1,32 Cent/KWh prognos-tiziert, was rund 16 % unter ihrem bisherigen o.g. Gasnetzentgelt liege. Gründe für die-se Preisreduktion seien nicht ersichtlich, so dass offenbar die Prognosen der Nebenintervenientin ungeprüft übernommen worden seien. Ohne eine weitergehende Akteneinsicht könne dies nicht nachvollzogen werden.
- 38 **6. Unzulässige Berücksichtigung der Umstellung Hoch-/Mitteldrucknetz**
- 39 Die Antragsgegnerin habe die von der Nebenintervenientin angebotene Umstellung des Gasverteilnetzes auf einen Betrieb in Mitteldruck zu Unrecht positiv berücksichtigt. Dies könne ohne weiteres aus dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 25.7.2017 abgeleitet werden, weswegen ihre Aussage, diese Umstellung habe bei der Bewertung der Angebo-te keine Rolle gespielt, nicht glaubhaft sei. Die Ausschreibung und Bewertung leide da-her unter einem Transparenzdefizit.
- 40 **7. Umweltverträglichkeit**
- 41 Erst auf das Betreiben der Antragstellerin und die entsprechende Vorgabe des Landge-richts habe die Antragsgegnerin eine nicht geschwärzte Fassung ihrer entsprechenden Bewertung vorgelegt (Anlage AG 6). Hieraus ergebe sich, dass der prognostizierte CO² Ausstoß für die in den 3 Jahren nach Vertragsbeginn geplante Fahrzeugflotte bei den ein-zelnen Angeboten erheblich unterschiedlich gewesen sei. Es sei daher nicht erklärlich, warum sämtliche Bieter bei der Bewertung dieses Kriteriums die volle Punktzahl erhalten hätten.
- 42 **8. Fehlende Berücksichtigung der Effizienz**
- 43 Das in § 1 Abs. 1 EnWG genannte Ziel der Effizienz sei im Gaskonzessionsverfahren über-haupt nicht berücksichtigt worden, was die Antragstellerin benachteiligt habe. Die An-tragsgegnerin habe es namentlich versäumt, die Kosteneffizienz der Bieter zu hinterfra-gen. Die Versorgungssicherheit und die Preisgünstigkeit bildeten dieses Kriterium nicht hinreichend ab.
- 44 **9. Fehlende Berücksichtigung der Verbraucherfreundlichkeit**
- 45 Dieses ebenfalls in § 1 EnWG genannte energiewirtschaftliche Ziel werde von der An-tragsgegnerin gar nicht beachtet. In diesem Zusammenhang hätte etwa abgefragt wer-den müssen, ob die Bieter ein Netzkundencenter betreiben, wie dieses qualitativ ausge-

stattet sei, ob und wenn ja in welchem Umfang der Betreiber telefonisch bzw. elektronisch erreicht werden könne, welches Beschwerdemanagement er vorhalte und welche Bearbeitungsdauer für Hausanschlüsse etc. vorgesehen sei. Die Antragstellerin biete einen besonders verbraucherfreundlichen Gasnetzbetrieb an. Sie sei daher benachteiligt, weil dieses Kriterium nicht in die Bewertung hineingezogen worden sei. Soweit die Antragsgegnerin vorgetragen habe, das Auswahlkriterium Nr. 10 („Straßenaufbruchkataster“) solle der Verbraucherfreundlichkeit dienen, sei dies nicht nachvollziehbar, weil diese Maßnahme bestenfalls mittelbar den Gaskunden zu Gute komme.

46 **10. Unzureichende Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG**

47 Die in § 1 EnWG normierten Ziele seien bei der Angebotswertung mit 60 % gewichtet worden, was zu niedrig sei. Erst ein Wert von 70 % könne als ausreichend angesehen werden. Das könne aus einer Entscheidung des erkennenden Senats abgeleitet werden (Urteil vom 3.11.2017 - 11 U 51/17 (Kart)).

48 **11. Berücksichtigung der Teilhabe am Netzbetrieb**

49 Die Antragsgegnerin habe unter Ziffer 12 der Bewertungsmatrix einen Abschlag von 3 Punkten vorgesehen, wenn die Bieter kein Konzept zur Beteiligung der Stadt an einer gemeinsamen Netzgesellschaft für den Fall einer wesentlichen Umgestaltung im Konzern des Bieters anbieten würden. Damit sei ein unzulässiges Kriterium aufgestellt worden, denn es sei nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung unzulässig, wirtschaftliche Interessen der Gemeinden, und sei es nur in Form der Teilhabe an den Erträgen aus dem Netzbetrieb, als Bewertungskriterien aufzustellen.

50 Die Antragstellerin beantragt,

51 das erstinstanzliche Urteil abzuändern und der Antragsgegnerin unter Androhung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben wird, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten (die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter) zu untersagen, einen Gaskonzessionsvertrag mit der B AG oder einem anderen Unternehmen abzuschließen oder das Gas-Konzessionsverfahren in anderer Weise fortzusetzen, ohne zuvor den Rügen aus dem Schreiben der Antragstellerin vom 6.8.2018 (Anlage AST 01) abgeholfen zu haben.

52 Die Antragsgegnerin und die Nebenintervenientin beantragen,

53 die Berufung der Antragstellerin zurückzuweisen.

54 Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens zur Unbegründetheit der Rügen und ergänzen ihr erstinstanzliches Vorbringen zu deren Präklusion.

II.

55 Die Berufung ist nicht begründet. Dabei kann offenbleiben, ob das Landgericht die Rügen teilweise mit Recht als präklidiert bewertet hat (dazu unter A.). Dies spielt letztlich keine Rolle, weil sämtliche Rügen in der Sache nicht berechtigt sind (dazu unter B.).

A.)

- 56 Für das hiesige Konzessionierungsverfahren sind die Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes in der bis zum 26.1.2017 geltenden Fassung anwendbar, weil das Verfahren bereits im Jahr 2015 eingeleitet worden war und weil es die Antragsgegnerin versäumt hat, das Rügeregime des § 47 EnWG n.F. durch eine den gesetzlichen Vorgaben in § 118 Abs. 23 EnWG entsprechende Maßnahme gegenüber den BieterInnen in das laufende Konzessionsverfahren einzuführen. Dafür wäre eine dieser Vorschrift entsprechende „Aufforderung zur Rüge“ an die betreffenden Unternehmen erforderlich gewesen. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Antragsgegnerin eine solche Aufforderung gegenüber der Antragstellerin nicht nachweisen kann (vgl. Bl. 152 der Akten).
- 57 Mit Recht ist das Landgericht auch nicht der Argumentation der Nebeninterventientin gefolgt, es sei mit dem 1. Verfahrensbrief ein Rügeregime analog der §§ 101a, 107 III GWB a.F. in das Verfahren eingeführt worden, denn für eine solche einseitige Festlegung fehlte der Antragsgegnerin die rechtliche Kompetenz.
- 58 Das Landgericht hat dementsprechend auch nicht die vergaberechtlichen Sonderbestimmungen des GWB, sondern einen Verstoß gegen Treu und Glauben zur Begründung seiner Entscheidung gemacht. Der Senat hat allerdings erhebliche Bedenken, dieser Argumentation zu folgen.
- 59 Nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs in der oben bereits zitierten Entscheidung „Stromnetz Berkenthin“ kann der Nichtigkeitseinwand, d.h. die Rüge eines nicht diskriminierungsfreien Verfahrens, allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden (BGH aaO. Rn. 119). Auch wenn der dortigen Entscheidung eine andere Verfahrenskonstellation zugrunde lag, nämlich die Klage des vermeintlich berechtigten Neukonzessionärs gegen den Altkonzessionär auf Herausgabe des Netzes, sind die dortigen Erwägungen des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auch auf das Eilverfahren des unterlegenen Bieters gegen die Konzessionsgeberin wegen seiner Diskriminierung im Konzessionsvergabeverfahren übertragbar.
- 60 Hier käme unter dem Blickwinkel des § 242 BGB bestenfalls der Einwand der Verwirkung in Betracht. Der Verstoß gegen Treu und Glauben liegt in der illoyalen Verspätung der Rechtsausübung (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., Rn 87 zu § 242 BGB m. w. N.). Die Verwirkung setzt voraus, dass der Berechtigte durch sein eigenes Verhalten die begründete Erwartungshaltung beim Verpflichteten hervorgerufen hat, er - der Berechtigte - werde seine Rechte nicht mehr wahrnehmen (Umstandsmoment).
- 61 Der auf Seiten der Verpflichteten erforderliche Vertrauenstatbestand ist dann gegeben, wenn man sich dort im Hinblick auf das bisherige Verhalten des Berechtigten derart eingerichtet hat, dass dessen verspätete - illoyale - Geltendmachung des Rechts einen unzumutbaren Nachteil beim Verpflichteten hervorruft (Palandt-Grüneberg aaO., Rn 95 m. w. N.). In diesem Zusammenhang spielt es natürlich auch eine Rolle, ob der Verpflichtete den Berechtigten durch eigene Maßnahmen dazu anhalten kann, seine Rechtsposition rechtzeitig zu reklamieren. Da es die Antragsgegnerin hier in der Hand gehabt hätte, das nach „neuem“ Recht gem. § 47 EnWG etablierte Rügeregime in das Ausschreibungsverfahren einzuführen, kann der auf ihrer Seite erforderliche Vertrauenstatbestand nur unter außergewöhnlichen Umständen bejaht werden.
- 62 Die Rügen Nr. 2 und 5 der Antragstellerin mit dem Vorwurf, die Antragsgegnerin habe es versäumt, die Angaben der Nebeninterventientin zu deren künftigen SAIDI-Werten und

Netznutzungsentgelten zu hinterfragen bzw. sich plausibilisieren zu lassen, sind vom Landgericht zu Unrecht als verwirkt bewertet worden. Sie konnten von der Antragstellerin erst erhoben werden, nachdem diese Einsicht in die Bewertungsunterlagen genommen hatte. Die Antragstellerin hat ihre Rügen in unmittelbarem Anschluss daran ausgesprochen (Anlage AST 01). Ein wie auch immer gearteter Vertrauenstatbestand konnte daher auf Seiten der Antragsgegnerin insoweit niemals entstehen.

- 63 Die Rügen 1, 3-4 und 8-11 mit dem Vorwurf einer intransparenten, rechtsfehlerhaften bzw. diskriminierenden Bewertungsmatrix hätten demgegenüber bereits nach Erhalt des 1. Verfahrensbriebs im September 2015 erhoben werden können. Dass die Antragstellerin insoweit untätig geblieben ist, bis ihr das Ergebnis der Ausschreibung vorlag, konnte für sich allein auf Seiten der Antragsgegnerin noch keinen Vertrauenstatbestand begründen, weil das Energiewirtschaftsgesetz in der damals geltenden Fassung den Bietern deutlich größere Spielräume eröffnete als dies bei GWB-Vergaben der Fall war.
- 64 Unstreitig hat die Antragstellerin im Bieterverfahren zum Ausdruck gebracht, dass sie auf Rechte aus späteren Rügemöglichkeiten nicht verzichten wird (Bl. 317 d. A.). Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob die Antragsgegnerin der Reaktion der Antragstellerin auf den 1. Verfahrensbrief und ihrem „Schweigen“ auf den 3. Verfahrensbrief die Bedeutung zumessen durfte, dass man später keine Rügen mehr erheben würde, die sich auf die Ausschreibung selbst bezogen und ob man aus dem Verhalten der Antragstellerin einen hinreichenden Vertrauenstatbestand auf der Seite der Antragsgegnerin ableiten kann. Im Ergebnis kann diese Frage allerdings offenbleiben, da die Rügen der Antragstellerin inhaltlich nicht begründet sind:

B)

- 65 Für das Auswahlverfahren der Gemeinde zur Vergabe der Wegenutzungsrechte für die Gas- oder Stromversorgung sind energiewirtschaftliche und kartellrechtliche Rahmenbedingungen zu beachten, die der erkennende Senat im Urteil vom 3.11.2017 (11 U 51/17) wie folgt zusammengefasst hat:
- 66 „Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren. Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, Juris Rn. 16)....“
- 67 Zwar müssen - was von keiner der Beteiligten in Zweifel gezogen wird - die Auswahlkriterien an den Zielen des § 1 EnWG orientiert sein (BGH KZR 66/12 Rn. 46, 47). Wie der BGH in seiner Leitentscheidung KZR 66/12 weiter festgestellt hat, vereint das energiewirtschaftliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas jedoch mehrere Einzelziele, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung durch die Gemeinde zugänglich sind (aaO. Rn.

49). Der bei der Bestimmung der Kriterien bestehende Entscheidungsspielraum der Gemeinde wird erst dort überschritten, wo die Bedeutung eines Kriteriums in der Ausschreibungsgewichtung so grundlegend von dessen Bedeutung nach den energiewirtschaftsrechtlichen Zielsetzungen abweicht, dass daraus eine Verkennung des Kriteriums offenkundig wird, weil von einer angemessenen Bewertung auch im Lichte des Ermessensspielraums nicht mehr ausgegangen werden kann (OLG Stuttgart, Urt. vom 05.01.2017, 2 U 66/16 - juris Rn. 85).

68 Unter dieser Prämisse gilt folgendes für die Beurteilung der einzelnen Rügen:

69 1. Bewertung des seitherigen „SAIDI“-Wertes

70 Die Rüge bezieht sich auf das unter Ziffer 1. der Bewertungsmatrix aufgestellte Kriterium der „Netzzuverlässigkeit“, das mit 25 der maximal 100 zu erreichenden Punkte bewertet wird, wobei dafür folgende Maßstäbe vorgegeben werden:

71 „Zur Netzzuverlässigkeit haben die Bieter Angaben zu machen über die Dauer und die Häufigkeit der Unterbrechung der Energieversorgung sowie mit plausiblen Belegen zu geplanten Schritten zur Verbesserung im Gebiet der Kommune. Abschläge erfolgen wie folgt: Für jede volle Minute Abweichung vom besten Anbieterwert des seitherigen SAIDI-Wertes werden 4 Punkte, für Abweichungen In vollen Minuten vom besten zukünftigen SAIDI-Wert 6 Punkte abgezogen, Fehlen Angaben zu künftigen SAIDI-Werten oder sind sie nicht als plausibel anzuerkennen, werden 15 Punkte abgezogen. Zwischenwerte werden linear interpoliert, Punkte nach DIN 1333 auf ganze Zahlen gerundet“ (Anlage AST 05).

72 Die Antragstellerin beanstandet die Bewertungsmaßstäbe zum einen im Hinblick auf deren mangelnde Transparenz, zum anderen im Hinblick auf deren fehlende sachliche Rechtfertigung. Diese Rügen sind unberechtigt:

a)

73 Entgegen der Ansicht der Antragstellerin besagen die eben genannten Bewertungsmaßstäbe aus verständiger Sicht eines mit der Materie vertrauten Bieters nicht, dass Abschläge erst für Abweichungen von mehr als 1 Minute des sog. SAIDI-Wertes vorgenommen werden. Dagegen spricht die klare und eindeutige Aussage, dass Zwischenwerte „linear interpoliert“ werden, die der Fachmann auch auf Abweichungen unterhalb der Minutenbegrenzung bezieht.

74 Ausschreibungen für Konzessionsverfahren müssen ebenso wie vergaberechtliche Ausschreibungen nach dem objektivierten Empfängerhorizont der potentiellen Bieter interpretiert werden. Maßgeblich ist somit, wie ein branchenkundiger und mit der ausgeschriebenen Leistung durchschnittlich vertrauter Unternehmer, der über das für die Angebotsabgabe notwendige Fachwissen verfügt und die Ausschreibungsunterlagen sorgfältig liest, diese verstehen kann (vergleiche zur Leistungsbeschreibung im Vergaberecht: Lampert in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, 3. Aufl. Rn. 77 zu § 121 GWB mit weiteren Nachweisen).

75 Der fachkundige Bieter weiß, dass eine Bewertung des SAIDI-Wertes mit einer Abweichung erst ab 1 Minute keine hinreichende Differenzierung der Angebote hervorbringen

kann, weil die potentiellen Unterschiede der Angebote unterhalb dieser Minutenschwelle liegen werden:

- 76 Der sog. **SAIDI-Wert** (System Average Interruption Duration Index) dokumentiert die Versorgungssicherheit des Anbieters, in dem die Dauer von Versorgungsunterbrechungen pro Letztverbraucher in Minuten pro Jahr gemessen wird. Er ist unbestritten eine geeignete Grundlage für die Ermittlung der Netzzuverlässigkeit eines Gas- oder Stromanbieters. Dabei handelt es sich um den statistischen Durchschnittswert für das gesamte Versorgungsnetz eines Anbieters. Die Antragsgegnerin hat unbestritten vorgetragen, dass zum Zeitpunkt, zu dem die Bewertungsmatrix erstellt worden ist, der Durchschnitt der deutschen SAIDI-Werte bei ca. 1,41 Minuten lag (Bl. 154 der Akten). Sie hat ferner unbestritten dargelegt, dass ein relevanter Abstand von einer oder sogar mehreren vollen Minuten bei den bekannten SAIDI-Werten der potentiellen Gasversorgungsanbieter speziell in der Rhein-Main Region nicht erwartet werden konnte (Bl. 57 der Akten). Dies ist einem branchenkundigen Bieter naturgemäß bekannt, so dass er auch weiß, dass die lineare Interpolation von Zwischenwerten unterhalb von einer Minute Abweichung notwendig ist, um eine aussagekräftige Differenzierung ermöglichen zu können.
- 77 b)
- 77 Ebenso wenig verfängt die Rüge der Antragstellerin, es sei mit dieser Bewertungsmethode eine sachlich nicht berechtigte Differenzierung vorgenommen worden, weil es sich Versorgungsunterbrechungen von weniger als 1 Minute für den Endverbraucher nicht auswirken würden. Dabei wird ausgeblendet, dass der abgefragte SAIDI-Wert ein statistischer Durchschnittswert für das gesamte Versorgungsnetz darstellt. Die Antragsgegnerin hat nachvollziehbar vorgerechnet, dass sich die statistischen Werte, wenn sie auf das Versorgungsnetz in der Stadt A durchschlagen würden, sehr wohl merklich unterschiedliche Ausfallzeiten für die dortigen Gasversorger nach sich ziehen würden, nämlich 1 Stunde 50 Minuten/Jahr bei der Antragstellerin und 20 Minuten/Jahr bei der Nebenintervenientin (Bl. 155 der Akten). Damit ist hinreichend erklärt, warum die Antragsgegnerin in ihren Bewertungsvorgaben eine solche Unterscheidung festgelegt hat. Die aus der Bewertungsmatrix abgeleitete rechnerische Differenzierung der Bieter, die zu einem Punktabzug von 2 Punkten bei der Antragstellerin führt, wird von ihr nicht angegriffen.
- 78 **2. Bewertung des künftigen SAIDI-Wertes der Nebenintervenientin**
- 79 Die Antragstellerin kann der Antragsgegnerin nicht vorwerfen, dass sie es versäumt hätte, den von der Nebenintervenientin prognostizierten SAIDI-Werte zu plausibilisieren. Gegen teiliges ergibt sich bereits aus den Vergabeunterlagen. So hat die Antragsgegnerin beispielsweise die Bieter darum gebeten, Einblick in die Erlösobergrenzen-Bescheide zu nehmen, um durch die Einholung tiefergehender Informationen sichergehen zu können, dass die Angaben der Bieter plausibel sind.
- 80 Die als Anlage zum Protokoll der mündlichen Verhandlung des Landgerichts vorgelegte Auswertung der Kriterien 1 und 3 (Bl. 114 ff., 117) belegt ferner, dass die Nebenintervenientin der Antragsgegnerin den prognostizierten Wert anhand der bisherigen Daten nachvollziehbar gemacht hat. Nach deren Angaben lag der in den Jahren 2010-2014 gemessene Wert bei durchschnittlich 0,358 Minuten. Die Abweichung gegenüber dem prognostizierten Wert von 0,2 Minuten ist zwar signifikant, lag jedoch nicht offenbar außerhalb einer realistisch erreichbaren Bandbreite, so dass die Antragsgegnerin aufgrund der ihr zugänglich gemachten Informationen hierauf vertrauen durfte. Der später tatsächlich

für das Jahr 2018 gemessene SAIDI-Wert der Nebenintervenientin von 0,25 Minuten belegt, dass ihre Schätzung nicht unrealistisch war. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass sich für die Antragstellerin kein besseres Ergebnis ergeben hätte, wenn die Nebenintervenientin diesen Wert bei ihrem Angebot angegeben hätte.

- 81 **3. Bewertungsmaßstab des Gasnutzungsentgelts**
- 82 Die Rüge bezieht sich auf das unter Ziffer 3. der Bewertungsmatrix aufgestellte Kriterium „Niedriges Netznutzungsentgelt“, das mit 10 der maximal 100 zu erreichenden Punkte bewertet wird, wobei dafür folgende Maßstäbe vorgegeben werden:
- 83 „Anzugeben sind die derzeitigen Netznutzungsentgelte der Bieter, gestaffelt nach Höhe und Struktur. Nicht rabattierte Netznutzungsentgelte sind gesondert zu kennzeichnen. Diese werden mit einer Gewichtung von 80 % in die Bewertung, die übrigen Netznutzungsentgelte zu 20 % einbezogen. Ebenso mit plausiblen Belegen haben die Bieter Angaben zu den derzeitigen Effizienzwerten und zu einem Ausblick auf künftige Netznutzungsentgelte (mindestens 10 Jahre) zu machen. Für jeden vollen Cent Abweichung vom besten Anbieterwert des seitherigen NNE-Wertes werden 4 Punkte, für Abweichungen in vollen Cent vom besten zukünftigen NNE-Wert werden 3 Punkte abgezogen. Fehlen Angaben zu künftigen NNE-Werten oder sind sie nicht als plausibel anzuerkennen, werden 6 Punkte abgezogen. Zwischenwerte werden linear interpoliert. Punkte nach DIN 1333 auf volle Zahlen gerundet.“
- a)
- 84 Die Antragstellerin erhebt unberechtigterweise den Vorwurf einer fehlerhaften Angebotsbewertung. Der in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vorgelegte Bewertungsvorschlag mit den insoweit ungeschwärzten Daten (Bl. 121-129 d. A.) belegt, dass die Antragsgegnerin ihre eigenen Vorgaben aus der Bewertungsmatrix durchgehend beachtet hat. Dabei muss man sich zunächst vor Augen halten, dass keiner der am Rechtsstreit beteiligten Unternehmen, sondern die drittplatzierte Bieterin die niedrigsten bisherigen und künftigen Netznutzungsentgelte unterbreitet hat, so dass sich Abzüge immer nur in Relation zu diesem Angebot ermitteln ließen (Bl. 123 der Akten). Die dazu angestellten Rechenschritte sind nachvollziehbar und stimmen mit den Vorgaben in der Ausschreibung überein. Soweit die Antragsgegnerin ursprünglich vorgetragen hatte, bei der Bewertung des bisherigen Netznutzungsentgeltes seien keine Abzüge zugestanden der Nebenintervenientin vorgenommen worden, ist dieses Missverständnis nach Vorlage der Auswertung (Bl. 125 d. A.) aufgeklärt worden. Demnach hat die Nebenintervenientin zum Kriterium 3 (Niedriges Netznutzungsentgelt) im Gegensatz zur Antragstellerin 1 Punkt Abzug in Bezug auf das gegenwärtige und 2 Punkte Abzug in Bezug auf das prognostizierte Nutzungsentgelt hinnehmen müssen.
- b)
- 85 In der Berufung fokussiert sich die Antragstellerin ferner auf den Vorwurf, der in der Ausschreibung mitgeteilte Bewertungsmaßstab sei nicht sachgerecht, weil durch den geringen Punktabzug bei den „teureren“ Angeboten, wie dem der Nebenintervenientin, die Preisgünstigkeit ihres eigenen Angebots nicht hinreichend in die Bewertung eingeflossen sei. Dieser Einwand führt ebenfalls nicht zum Erfolg:
- 86 Oben wurde bereits dargestellt, dass den Gemeinden bei der Festlegung der Bewertungskriterien einschließlich der Bewertungsmethodik ein weiter Beurteilungsspielraum

zusteht, sofern die in § 1 EnWG definierten energiewirtschaftlichen Ziele berücksichtigt werden. Es steht den Gemeinden daher auch die Möglichkeit offen, dem Kriterium der Versorgungssicherheit (Netzzuverlässigkeit) ein deutlich höheres Gewicht beizumessen als dem der Preisgünstigkeit.

- 87 Die Antragsgegnerin hat von diesem Beurteilungsspielraum Gebrauch gemacht, indem sie bei der Punktvergabe das erstgenannte Kriterium deutlich gegenüber der Höhe des Netznutzungsentgeltes bevorzugt hat. Nach ihrem Vortrag wollte sie damit der besonderen Bedeutung gerecht werden, die die Rechtsprechung der Versorgungssicherheit beimisst. Sie hat ferner nachvollziehbar erläutert, dass sie die Einheit „Cent/kWh“ als niedrigste finanziell spürbare Einheit angesetzt hat und dass eine „noch feinere“ Abstufung der Punktabzüge (etwa ab 0,1 Cent/kWh) zwar eine weitere Differenzierung ermöglicht, aber für den Gaskunden keine spürbaren Vorteile erbracht hätte.
- 88 Für das erkennende Gericht ist die Ermessensentscheidung der Antragsgegnerin nur beschränkt nachprüfbar. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin die Bedeutung des Kriteriums „Preisgünstigkeit“ offenkundig verkannt und damit ihren Entscheidungsspielraum überschritten hätte.

89 **4. Diskriminierende Bewertung von Netzentgelten und SAIDI-Wert**

- 90 Diese Rüge der Antragstellerin greift nochmals die unterschiedliche Gewichtung von Netzzuverlässigkeit und Preisgünstigkeit auf, woraus sie den Vorwurf einer Diskriminierung des eigenen Angebots ableitet. Der Senat teilt diese Bedenken nicht. Dass die Ausschreibung auf ein potentielles Angebot der Nebenintervenientin zugeschnitten wäre, ist nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat mit Recht darauf hingewiesen, dass sie im Zeitpunkt der Erarbeitung der Bewertungsmatrix nicht vorhersehen konnte, welche Versorgungsunternehmen sich um die Konzession bewerben würden und welche zukünftigen Netznutzungsentgelte sie berechnen würden.
- 91 Allein die Tatsache, dass ein Vertragsabschluss mit der Nebenintervenientin zu höheren Gaspreisen für die Kunden im Gemeindegebiet führen wird, als ein Vertragsabschluss mit der Antragstellerin, führt nicht zu einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der unterlegenen Bieter.

92 **5. Falsche Bewertung künftiger Netzentgelte der Nebenintervenientin**

- 93 Die Antragstellerin kann der Antragsgegnerin nicht vorwerfen, dass sie es pflichtwidrig unterlassen hätte, die Angaben der Nebenintervenientin zu ihren künftigen Netznutzungsentgelten auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Die Antragsgegnerin hat ihr Rechnungsmodell offengelegt (Bl. 127 der Akten). Danach hatte die Nebenintervenientin für das Jahr 2018 eine Preisseigerung und für die Folgejahre eine Preissenkung prognostiziert, die sich in einem Vergleich mit den Angaben der Antragstellerin und der anderen Bieterin ebenso wie im Verhältnis zu den eigenen bisherigen Netznutzungsentgelten in einem nicht von vornherein unrealistischen Rahmen hielt. Eine weitergehende Überprüfung dieser Daten konnte von der Antragsgegnerin nicht verlangt werden. Sie hat mit Recht darauf hingewiesen, dass sie mangels eigener Sachkenntnis dazu auch gar nicht in der Lage gewesen wäre.

94 **6. Unzulässige Berücksichtigung der Umstellung Hoch-/Mitteldrucknetz**

- 95 Diese Rüge bezieht sich auf eine vermeintlich intransparente und fehlerhafte Bewertung der Angebote zu dem Kriterium Nr. 2, mit dem die Antragsgegnerin die Netzzuverlässigkeit der Bieter abgefragt hat. Sowohl die Antragsgegnerin als auch die Nebenintervenientin haben bei diesem Kriterium die volle Punktzahl erreicht.
- 96 Der Senat kann den Vorwurf fehlender Transparenz nicht nachvollziehen. Aus dem Bewertungsvorschlag gem. Anlage AST 10, S. 10/11 geht hervor, dass alle Bieter Angaben zu ihrem Investitionsverhalten und dessen Auswirkungen auf die Buchwerte des Netzes in A gemacht haben. Aus den ergänzenden Anmerkungen zu den Angeboten der Antragstellerin (Bieterin 1) und der Nebenintervenientin (Bieterin 3) lassen sich keine Anknüpfungspunkte für die Vermutung ableiten, dass bei letzterer ausschließlich die vorgeschlagene Druckumstellung zur Gewährung der vollen Punktzahl geführt haben könnte.
- 97 Vor diesem Hintergrund hat die Antragsgegnerin mit Recht eine weitergehende Akteneinsicht der Antragstellerin in die Auswertungsunterlagen verweigert, denn die bloß abstrakte Möglichkeit, dass bei der Wertung des Angebots der Nebenintervenientin Fehler aufgetreten sein könnten, rechtfertigt noch keine Akteneinsicht "ins Blaue hinein", um ohne konkreten Anhaltspunkt die Bewertung der anderen Angebote auf mögliche Fehler hin überprüfen zu können (Senat, Urteil vom 3.11.2017 - 11 W 51/17).
- 98 **7. Umweltverträglichkeit**
- 99 Hier geht es um das unter 6.) aufgestellte Bewertungskriterium des „sonstigen umweltverträglichen Netzbetriebs“, dass mit $2 \times 5 = 10$ Punkten bewertet worden ist und für das u.a. folgender Maßstab aufgestellt worden ist:
- 100 „....Hierzu haben die Bieter Angaben zu dem mittleren CO₂-Ausstoss ab 3 Jahre nach Abschluss des Konzessionsvertrages einzusetzenden Fahrzeugen im Konzessionsgebiet zu machen. Der niedrigste Wert erhält die volle Punktzahl. Weicht der mittlere CO₂-Ausstoss hiervon 100 g/100 km (komb) laut Herstellerangaben ab, werden 2 Punkte abgezogen, Zwischenwerte werden linear interpoliert, Punkte nach DIN 1333 auf volle Zahlen gerundet....“
- 101 Der oben bereits dargelegte Vorwurf einer widersprüchlichen und intransparenten Bewertung dieses Kriteriums lässt sich nach Auswertung der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen nicht bestätigen. Die Antragsgegnerin hatte bereits in ihrem Schreiben vom 14. Januar 2019 (Anlage AST 15, S. 8) dargelegt, dass die Bieter ausschreibungsgemäß Angaben zu sämtlichen von ihnen vorgesehenen Fahrzeugen gemacht haben und dass die Antragsgegnerin den nach den Hersteller-Angaben pro 100 km entstehenden CO₂-Ausstoß in Relation gesetzt hat, was im Ergebnis über alle Fahrzeuge und den abgefragten Zeithorizont zu keinen signifikanten und wertungsrelevanten Unterschieden geführt hat. Da es bei diesem Kriterium erkennbar nicht um den absoluten CO₂-Ausstoß der gesamten Fahrzeugflotte des Bieters, sondern um den mittleren Ausstoß der eingesetzten Fahrzeuge (sprich also um den Einsatz möglich schadstoffärmerer Fahrzeuge) ging, steht der aus der Bewertung gem. Anlage AG 6 (Bl. 176 d. A.) entnommene Satz, der CO₂-Ausstoß der geplante(n) Fahrzeugflotte(n) der Bieter unterscheide sich nicht unerheblich, dazu nicht in einem Widerspruch.
- 102 **8. Fehlende Berücksichtigung der Effizienz**

- 103 Die Antragstellerin kann der Antragsgegnerin nicht vorwerfen, sie habe dem in § 1 EnWG aufgeführten energiewirtschaftlichen Ziel einer effizienten Energieversorgung keine Rechnung getragen.
- 104 Das Gesetz enthält keine Vorgabe, wie dieses Ziel im Rahmen einer Ausschreibung berücksichtigt werden muss. Auch in dem Musterkriterienkatalog des Umweltministeriums Baden-Württemberg (AST 22) wird die Effizienz nicht als gesondertes Kriterium, sondern als Teil der hier unter Ziffer 1 und 2) angesetzten Kriterien Netzzuverlässigkeit und Netzeistungsfähigkeit bewertet und lediglich in Bezug auf die effiziente Ressourcennutzung ein gesondertes Unterkriterium vorgeschlagen (a.a.O. Seite 3). Die Kriterien „Netzzuverlässigkeit“ und „Netzeistungsfähigkeit“ ebenso wie das Kriterium „Niedriges Netznutzungsentgelt“ sind von der Antragsgegnerin abgefragt worden. Es ist nachvollziehbar, wenn die Antragsgegnerin argumentiert, ein Netzbetrieb sei jedenfalls dann effizient, wenn bei hoher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit günstige Netzentgelte bestünden (vgl. § 3 Nr. 15b EnWG) und wenn sie darauf verweist, dass diese Bewertungselemente mit 45 von 100 Punkten entsprechend stark gewichtet worden sind.
- 105 **9. Fehlende Berücksichtigung der Verbraucherfreundlichkeit**
- 106 Die Antragstellerin bemängelt ohne Erfolg, dass es die Antragsgegnerin versäumt hat, in ihrer Bewertungsmatrix ein Kriterium der Verbraucherfreundlichkeit mit den von ihr aufgeführten Unterkriterien aufgenommen zu haben. In Bezug auf diese Rüge gelten die gleichen Überlegungen wie bei dem eben abgehandelten energiewirtschaftlichen Ziel der Effizienz. § 1 EnWG gibt zwar das Ziel der Verbraucherfreundlichkeit bei der Energieversorgung vor, legt aber nicht fest, wie dies im Kriterienkatalog auszustalten ist.
- 107 Der Gesetzgeber geht davon aus, dass ein hohes Qualitätsniveau der Versorgung bei angemessenen Preisen dem Verbraucher zugutekommt und daher den Kundenschutz durch Preisgünstigkeit verwirklicht (vgl. Säcker/Timmermann, Energierecht, 3. Aufl., Rn 13 zu § 1 EnWG). Dementsprechend wird in der Fachliteratur auch die Auffassung vertreten, dass das energiewirtschaftliche Ziel der Verbraucherfreundlichkeit als Oberbegriff zu den anderen Zielen insbesondere der Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit verstanden werden kann (vgl. Hellermann/Hermes in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., 2015, Rn 32 zu § 1 EnWG). Dafür spricht, dass der Gesetzgeber im Übrigen durch die einschlägigen Vorgaben in §§ 36 ff EnWG und in den Regelungen der GasGVV und der StromGVV allen Energieversorgungsunternehmen detaillierte Vorgaben zur Qualität und zu den Bedingungen der Letztverbraucherversorgung gemacht hat, durch die nicht nur eine verbraucherfreundliche Tarifgestaltung, sondern auch eine transparente Gestaltung des Energieliefervertrags und der Abrechnungen sichergestellt wird (vgl. Säcker/Timmermann, aaO., Rn 14 f. zu § 1 EnWG).
- 108 Die Nebeninterventientin hat mit Recht darauf hingewiesen, dass die Antragsgegnerin die Verbraucherfreundlichkeit als Teilziel des § 1 EnWG in den Kriterien 1. - 6. ihres Kriterienkatalogs abgefragt und angemessen „bepunktet“ hat. Die Antragstellerin kann daher nicht den Vorwurf erheben, dem energiewirtschaftlichen Ziel der Verbraucherfreundlichkeit sei überhaupt keine Bedeutung beigemessen worden.
- 109 Soweit die Antragstellerin bemängelt, es sei versäumt worden, weitere Kriterien abzufragen, die dem Verbraucherschutz dienlich sein können (z. B. Betrieb eines Netzkundencenters, Erreichbarkeit oder Beschwerdemanagement des Versorgungsunternehmens),

oblag dies aus den o.g. Gründen dem Entscheidungsspielraum der Antragsgegnerin und wird durch die gesetzlichen Bestimmungen nicht vorgegeben. Vor diesem Hintergrund kann es letztlich offenbleiben, ob das gesondert aufgenommene Kriterium Nr. 10.) - Straßenaufbruchkataster - überhaupt eine verbraucherschützende Funktion hat und, wenn ja, ob dies quantitativ hinreichend bewertet worden ist. Immerhin hat die Antragsgegnerin nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass dieses Kriterium auch zu einer Qualitätssteigerung des Gasnetzes im Gemeindegebiet der Stadt A führen soll, was sich auf die Qualität der Versorgung und mittel- bis langfristig auch auf die Preisgünstigkeit der Gasversorgung auswirken kann.

110 **10. Unzureichende Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG**

111 Nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs in der oben genannten Entscheidung „Stromnetz Berkenthin“ sowie in der ebenfalls am 17.12.2013 ergangenen Entscheidung „Stromnetz Heiligenhafen“ (Az: KZR 65/12) muss eine Bewertungsmatrix überwiegend, also zu mehr als 50 % die Ziele des Energiewirtschaftsgesetzes berücksichtigen. Diesen Anforderungen wird die Ausschreibung der Antragsgegnerin gerecht, weil sie zu mindestens 60 % Kriterien aufstellt, die die Ziele des EnWG realisieren.

112 **11. Berücksichtigung der Teilhabe am Netzbetrieb**

113 Die Antragsgegnerin hat unter Ziffer 12 der Bewertungsmatrix ein Kriterium „Wirtschaftliche Teilhabe am Netzbetrieb“ aufgestellt und mit 3 Punkten bewertet, was wie folgt erläutert wird:

114 „Es erfolgt ein Abschlag von 3 Punkten, wenn nicht ein Konzept zur Beteiligung der Stadt an einer gemeinsamen Netzgesellschaft für den Fall einer wesentlichen Umgestaltung im Konzern des Bieters angeboten wird. Zu den wesentlichen Umgestaltungen in diesem Sinne zählen auch Angebote zu gemeinsamen Netzgesellschaften gegenüber anderen Konzessionskommunen.“

115 Zur weitergehenden Erläuterung dieses Kriteriums hat die Antragsgegnerin angegeben, ihr Teilhabewunsch im Falle einer wesentlichen Umgestaltung im Konzern des Bieters ziele ganz vorrangig darauf ab, einen vollständigen Kontrollverlust zu vermeiden (Anlage AST 15 Seite 11). Die Antragstellerin meint dagegen, dieses Kriterium widerspreche den Vorgaben des Bundesgerichtshofes, wonach es den Gemeinden untersagt sei, sich über die Auswahlkriterien Einflussmöglichkeiten auf betriebliche Entscheidungen des Netzbetreibers einzuräumen zu lassen und damit fiskalische Interessen durchsetzen zu können.

116 Der Senat hat Zweifel, ob die Rüge der Antragstellerin berechtigt ist.

117 In der maßgeblichen „Berkenthin“ - Entscheidung des Bundesgerichtshofs wurde untersucht, inwieweit es die Planungshoheit der Gemeinde und ihr Recht zur Konkretisierung der energiewirtschaftlichen Ziele des Netzbetriebs rechtfertigen können, bei der Auswahl des Netzbetreibers auch gemeindliche Einflussmöglichkeiten auf betriebliche Entscheidungen und deren Umfang zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 51 bei juris).

118 Dabei wurde vor allem die Höherbewertung der Angebote von Bieter, die eine gesellschaftliche Beteiligung der Gemeinde am Netzbetreiber beinhalten, als besonders kritisch bewertet, weil hier die Gefahr einer Verfälschung des Leistungswettbewerbs auf Anbieterseite besonders groß ist. Der Bundesgerichtshof hat allerdings auch klargestellt,

- dass die (Höher-)Bewertung eines Kriteriums „gesellschaftlicher Einfluss“ möglicherweise dann hingenommen werden kann, wenn dem legitimen Interesse der Gemeinde, die Einhaltung der energiewirtschaftlichen Ziele über den gesamten Vertragszeitraum zu sichern, nicht in anderer Weise Rechnung getragen werden kann (BGH aaO., Rn 53).
- 119 Der Bundesgerichtshof hatte nicht darüber zu befinden, ob das Auswahlkriterium einer „Teilhabe am Netzbetrieb“ auch dann unzulässig ist, wenn es nur für den Fall einer wesentlichen Umgestaltung im Konzern des Gasversorgers gestellt wird und wenn es sich dementsprechend als Reaktionsmöglichkeit der Gemeinde auf eine Änderung der wirtschaftlichen Identität des Versorgers versteht. Es ist daher umstritten, ob die Antragsgegnerin ihr Verlangen unter diesem Blickwinkel hinreichend legitimiert hat.
- 120 In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass sogenannte Change-of-control-Klauseln in Konzessionsverträgen mit Energienetzbetreibern grundsätzlich zulässig sind, da dadurch weder gegen ein gesetzliches Verbot verstößen wird noch durch sie einzelne Bewerber diskriminiert oder bevorzugt werden und da ein sachliches Interesse der Kommune an einer solchen Regelung besteht (vgl. KG, Urteil vom 25.10.2018, 2 U 18/18, Rn 140 bei juris; Senat, Urteil vom 03.11.2017, 11 U 51/17, Rn. 82 ff. bei juris m. w. N.). Diesen Entscheidungen lagen allerdings Fallkonstellationen zugrunde, in denen die Gemeinde die Gewährung eines Sonderkündigungsrechts im Konzessionsvertrag für den Fall eines „Change of Control“ in ihrer Ausschreibung „bepunktet“ hatte.
- 121 Die Nebenintervenientin weist mit einer gewissen Berechtigung darauf hin, dass aus Sicht der Bieter das Verlangen nach einer gesellschaftlichen Beteiligung der Gemeinde (in welcher Höhe auch immer) gegenüber einer Sonderkündigung des Konzessionsvertrags immer noch das „mildere Mittel“ darstellt. Auf der anderen Seite muss der Senat auch dem Argument der Antragstellerin Rechnung tragen, wonach die Forderung der Antragsgegnerin nach einer gesellschaftsrechtlichen Teilhabe am Unternehmen des Energieversorgers auch immer mit einer wirtschaftlichen Teilhabe an den Erträgen aus dem Netzbetrieb einhergeht. Dies ist nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs nicht ohne weiteres mit den von der Konzessionsabgabeverordnung gezogenen Grenzen vereinbar.
- 122 Letztlich kann es offenbleiben, ob das von der Antragstellerin aufgestellte Kriterium „Wirtschaftliche Teilhabe am Netzbetrieb“ in dieser Form zulässig war oder nicht, weil dieser vermeintliche Verfahrensfehler für die Auswahlentscheidung nicht kausal geworden ist.
- 123 Eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte (BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 juris Rn. 99 „Stromnetz Berkenthin; Senat, Beschluss vom 9.3.2015, 11 W 47/14, juris Rn. 28; Senat, Beschluss vom 3.11.2017, 11 U 51/17, juris Rn 126; OLG Stuttgart, Urteil vom 5.1.2017, 2 U 66/16, juris Rn. 86 ff.).
- 124 Sowohl die Antragstellerin als auch die Nebenintervenientin haben für ihre Angebote bei dem Kriterium 12. „Wirtschaftliche Teilhabe am Netzbetrieb“ die volle Punktzahl von 3 Punkten erhalten. Es kann sich daher zweifelsfrei auf das Ergebnis des Auswahlverfahrens nicht auswirken, ob dieses Kriterium gewertet wird oder nicht.

III.

- 125 Da das Rechtsmittel der Antragstellerin erfolglos bleibt, hat sie die Kosten der Berufung einschließlich der durch die Nebenintervention entstandenen Kosten zu tragen (§§ 97 I, 101 ZPO).