

OLG Karlsruhe (Kartellsenat), Urteil vom 11.12.2024 – 6 U 6/24**Titel:**

Gemeinde, Behinderung, Berufung, Versorgung, Leistungen, Bieter, Auswahlverfahren, Bewerber, Planungshoheit, Bewertung, Anlage, Rechtswidrigkeit, Frist, Konzession, marktbeherrschende Stellung, gesetzte Frist, einstweiligen Rechtsschutzes

Amtliche Leitsätze:

1. Die Planungshoheit und das Recht der Gemeinde zur Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele können es bei einem offenen Konzeptwettbewerb rechtfertigen, vertragliche Zusagen der Bieter zu berücksichtigen, ohne dies vorab mitzuteilen. Die Gemeinde ist, wenn sie in einem offenen Konzeptwettbewerb vorab die beabsichtigte Berücksichtigung von vertraglichen Zusagen in Bezug auf einzelne Auswahlkriterien mitteilt, grundsätzlich nicht gehalten, eine wertungsmäßige Aufschlüsselung in Bezug auf die betroffenen (Unter-)Unterkriterien vorzunehmen.

2. Durch die Mitteilung der Gemeinde, dass in Bezug auf einem Hauptkriterium unterfallende (Unter-)Unterkriterien vertragliche Zusagen bei der Bewertung berücksichtigt werden und dass auf diese insgesamt eine bestimmte Punktzahl entfällt, wird für einen verständigen Bieter hinreichend deutlich, welche Bedeutung die Gemeinde vertraglichen Zusagen in Bezug auf die dem jeweiligen Hauptkriterium unterfallenden (Unter-)Unterkriterien insgesamt beimisst und dass die Punktevergabe von der Bewertung und Einstufung der Angebote im Einzelfall abhängt. Damit ist in einem offenen Konzeptwettbewerb eine hinreichende Transparenz gegeben, ohne dass es darauf ankäme, ob eine noch transparentere Ausgestaltung möglich wäre.

Rechtsgebiete:

Privates Baurecht, Vergaberecht, Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Kommunalrecht, Staats- und Verfassungsrecht

Schlagworte:

Gaskonzession, Vergabeverfahren, Diskriminierungsfreiheit, Transparenzgebot

vorgehend:

OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2024 – 6 U 12/24 (Rechtskraft: unbekannt)

LG Mannheim, Urteil vom 01.02.2024 – 22 O 42/23 (Rechtskraft: unbekannt)

Fundstellen:

LSK 2024, 40490

WuW 2025, 223

ECLI:

ECLI:DE:OLGKARL:2024:1211.6U6.24.00

Rechtskraft:

unbekannt

beck-abstract - KI-generierte Zusammenfassung:

Das Gericht entschied, dass die Planungshoheit und das Recht der Gemeinde zur Konkretisierung energiewirtschaftlicher Ziele es rechtfertigen können, vertragliche Zusagen der Bieter in einem offenen Konzeptwettbewerb zu berücksichtigen, ohne dies vorab detailliert mitzuteilen. Die Klägerin hatte die Auswahlkriterien und Bewertungsmethodik der Beklagten im Verfahren zur Vergabe der Gaskonzession angefochten. Das Gericht stellte fest, dass die Gemeinde nicht verpflichtet ist, eine detaillierte Aufschlüsselung der Bewertungskriterien vorzunehmen, solange sie die Berücksichtigung vertraglicher Zusagen und deren Gesamtpunktzahl mitteilt. Die Gewichtung des Kriteriums „Kosteneffizienter Netzbetrieb“ mit 4% wurde als angemessen bewertet. Die Rüge der Klägerin bezüglich der Bewertung eines Kundenbüros vor Ort wurde abgewiesen, da die Gemeinde im Rahmen eines Konzeptwettbewerbs nicht verpflichtet ist, bestimmte Kommunikationswege auszuschließen.

Tenor:

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 20. Dezember 2023, 14 O 64/23, wird zurückgewiesen.

2. Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 20. Dezember 2023, 14 O 64/23, im Kostenpunkt aufgehoben, in der Sache abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Verfügungsklägerin.

Gründe:

A.

1 Die verfügungsbeklagte Gemeinde (fortan: Beklagte) führt ein Verfahren zur Neuvergabe der Wegenutzungsrechte für die Gasversorgung im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG (Gaskonzession) in ihrem Gemeindegebiet durch, an dem sich die Verfügungsklägerin (fortan: Klägerin) beteiligt. Im vorliegenden Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG wendet sich die Klägerin gegen einzelne im „1. Verfahrensbrief“ und „3. Verfahrensbrief“ mitgeteilte Auswahlkriterien und die zugrundeliegende Bewertungsmethodik. Sie verfolgt mit ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen

Verfügung das Ziel, der Beklagten zu untersagen, das Verfahren zur Vergabe der Gaskonzession fortzusetzen, ohne zuvor mehreren der vorgerichtlich erhobenen Rügen der Klägerin abgeholfen, hilfsweise über deren Abhilfe unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden zu haben.

2 Mit Datum vom 11. April 2023 übermittelte die Beklagte den interessierten Unternehmen, darunter der Klägerin, den 1. Verfahrensbrief mit den dessen Anlage 1 beigefügten Auswahlkriterien für die Konzessionsvergabe (Anlage ASt 6, fortan: Kriterienkatalog). Die Auswahlkriterien sowie deren Gewichtung sind im Kriterienkatalog wie folgt festgelegt:

Auswahlkriterien nebst Gewichtung			
Gruppe A	Erreichung der Ziele des § 1 EnWG	Gesamtpunktzahl	800
	Nr.		Punkte
Kriterium	1.	Sichere Versorgung	250
Unterkriterium	1.1	Netzsubstanz	80
Unter-Unterkriterium	1.1.1	Investitionskonzept	40
Unter-Unterkriterium	1.1.2	Instandhaltungskonzept	40
Unterkriterium	1.2	Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen	50
Unterkriterium	1.3	Reaktionszeiten	50
Unterkriterium	1.4	Ungefährlichkeit des Betriebs der Netzanlagen	50
Unterkriterium	1.5	Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung	20
Kriterium	2.	Preisgünstige Versorgung	150
Unterkriterium	2.1	Netznutzungsentgelte	120
Unter-Unterkriterium	2.1.1	Abnahmefall Haushalt	50
Unter-Unterkriterium	2.1.2	Abnahmefall Mehrfamilienhaus	50
Unter-Unterkriterium	2.1.3	Abnahmefall Gewerbe	20
Unterkriterium	2.2	Netzanschlusskosten	30
Kriterium	3.	Verbraucherfreundliche Versorgung	150
Unterkriterium	3.1	Kundenservice	50
Unter-Unterkriterium	3.1.1	Erreichbarkeit für Netzkunden	30
Unter-Unterkriterium	3.1.2	Umfang der Online-Services	20
Unterkriterium	3.2	Dauer der Netzanschlussbereitstellung	30
Unterkriterium	3.3	Verbraucherinformation bei geplanten Versorgungsunterbrechungen	25
Unterkriterium	3.4	Frühzeitige nachhaltige Verbraucherinformationen zu Baumaßnahmen	25
Unterkriterium	3.5	Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung	20
Kriterium	4.	Effiziente Versorgung	100
Unterkriterium	4.1	Kosteneffizienter Netzbetrieb	40
Unterkriterium	4.2	Steigerung der Netzeffizienz	30
Unterkriterium	4.3	Minimierung von Gasschwind	30
Kriterium	5.	Umweltverträgliche und treibhausgasneutrale Versorgung	150
Unterkriterium	5.1	Umweltverträglicher und nachhaltiger Netzbetrieb	70
Unterkriterium	5.2	Treibhausgasneutraler Netzbetrieb	60
Unterkriterium	5.3	Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung	20

3 Auf die Rügen der Klägerin von Verstößen gegen den Grundsatz eines diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens mit Schreiben vom 26. April 2023 (Anlage ASt 7, fortan Rüge(schreiben) I) hob die Beklagte mit einem 2. Verfahrensbrief vom 03. Mai 2023 (Anlage ASt 8) die im 1. Verfahrensbrief gesetzte Frist zur Angebotsabgabe auf und stellte das Verfahren ruhend.

4 Mit Datum vom 13. Juli 2023 übermittelte die Beklagte der Klägerin einen 3. Verfahrensbrief (Anlage ASt 11), in dem sie den Rügen der Klägerin nur teilweise abhalf und dem als Anlage 1 ein sog. Konsolidierter Kriterienkatalog (Anlage ASt 12, fortan: Konsolidierter Kriterienkatalog) beigefügt war.

5 Mit 4. Verfahrensbrief vom 08. August 2023 (Anlage AG 1) teilte die Beklagte die Ruhendstellung des Konzessionsvergabeverfahrens mit, bis über die gerichtlich weiterverfolgten Rügen rechtskräftig entschieden oder das Gerichtsverfahren anderweitig beendet worden ist.

6 Die Klägerin hat – soweit in der Berufungsinstanz noch gegenständlich – geltend gemacht, die beanstandeten Verfahrensvorgaben verstießen wie folgt gegen den Grundsatz eines diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahrens:

Rüge 2.3

7 Das Unterkriterium 4.1 „Kosteneffizienter Netzbetrieb“ sei aufgrund seiner zu geringen Gewichtung mit 40 Punkten (= 4% der Gesamtpunktzahl) sachwidrig (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 20. März 2018 – 6 U 4/17 Kart, Rn. 88; OLG Schleswig, Urteil vom 19. Dezember 2019 – 16 U 73/19 Kart u. a., S. 24/25; LG Stuttgart, Ur. v. 05.07.2022, 51 O 130/22, S. 22 (Anlage ASt 2), Ur. 11.08.2022, 35 O 63/22 KfH, S. 24 [unten] (Anlage ASt 3)).

Rüge 2.30

8 Das Unterkriterium 1.5 „Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 13) sei intransparent und sachwidrig. Unklar sei, wie die Beklagte die unterschiedlichen Angebote zu vertraglichen Zusagen im Hinblick auf die vier Unterkriterien 1.1 bis 1.4 und die jeweiligen Unter-Unterkriterien 1.1.1 bis 1.1.2 einer Gesamtbewertung unterziehen wolle, namentlich mit welchem Gewicht sie die unterschiedlichen Angebote zu vertraglichen Zusagen im Hinblick auf die Unterkriterien 1.1. bis 1.4 und die jeweiligen Unter-Unterkriterien bewerten werde, etwa ob sie Zusagen hinsichtlich der vier Unterkriterien jeweils gleich oder unterschiedlich gewichten werde, was durchaus möglich sei. Für den Bieter sei zudem nicht erkennbar, welches Ziel die Beklagte bei der zukünftigen Wärmeversorgung im Gemeindegebiet verfolge. Ohne Vorgaben sei es für den Bieter nicht möglich, ein sinnvolles Investitionskonzept aufzustellen und entsprechende vertragliche Zusagen zu machen.

Rüge 2.31

9 Das Unter-Unterkriterium 3.5 „Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 20 f.) sei aus den gleichen Gründen intransparent wie das bereits erörterte Unterkriterium 1.5 „Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ (Rüge 2.30). Aus Sicht eines verständigen Bieters sei nicht erkennbar, ob eine verbindliche Zusage etwa für das Kriterium 3.1 oder 3.3 besser bewertet werde.

Rüge 2.32

10 Die Ausgestaltung des Unterkriteriums 5.3 „Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 23) sei aufgrund der fehlenden Untergewichtung intransparent. Aus Sicht eines verständigen Bieters sei nicht erkennbar, ob eine verbindliche Zusage für das Kriterium 5.1 oder 5.2 besser bewertet werde.

Rüge 2.40

11 Das Unter-Unterkriterium 3.1.1 „Erreichbarkeit für Netzkunden“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 18) sei nach wie vor sachwidrig, nachdem die Beklagte der Rüge 2.40 nur unter dem Gesichtspunkt der Intransparenz abgeholfen habe.

12 Die durch Unter-Unterkriterium 3.1.1 bestehende Möglichkeit, ein Kundenbüro vor Ort positiv zu bewerten, sei angesichts der geringen Einwohnerzahl der Beklagten, der (schätzungsweise) ca. 300 Gasnetzkunden im Bestand und des Umstands, dass persönliche Anlaufstellen nur in äußerst seltenen Fällen von Netzkunden besucht würden, sachwidrig. Der mit einem Kundenbüro vor Ort verbundene finanzielle und personelle Aufwand stehe in keinem sachgerechten Verhältnis zum bezweckten Verbraucherservice und laufe den Interessen der Netzkunden hinsichtlich Preisgünstigkeit und Kosteneffizienz des Netzbetriebs zuwider. Insbesondere Vor-Ort-Termine beim Kunden seien eine deutlich kostengünstigere und mindestens ebenso verbraucherfreundliche Alternative zu einem örtlichen Kundenbüro. Der der Beklagten zustehende Beurteilungsspielraum sei daher überschritten.

13 Auch nach der Praxiserfahrung der als Betriebsführerin der Klägerin vorgesehenen [...] GmbH seien in den letzten Jahren sehr wenige Kundenbesuche in eingerichteten Kundenbüros vor Ort, die mit dem Netzbetrieb in Zusammenhang stünden, erfolgt. Ein Grund hierfür sei, dass die persönliche Kontaktaufnahme mit dem Netzbetreiber in der Regel nicht durch den Netzkunden selbst, sondern durch für ihn tätige Installateure, Handwerke und Architekten erfolge, und zwar außerhalb eines Kundenbüros, nämlich online (E-Mail oder Homepage), telefonisch oder im Rahmen eines Vor-Ort-Termins. Soweit Kunden an bereits bestehende Gasleitungen angeschlossen würden, erfolge das mittlerweile in der Regel direkt online.

14 Soweit das OLG München in der von der Beklagten angeführten Entscheidung (Urt. v. 26.01.2023, Az. 29 U 1970/22 Kart, Anlage AG 2) die Abfrage einer örtlichen Kundenanlaufstelle nicht beanstandet habe, habe dies lediglich den dort entschiedenen konkreten Einzelfall betroffen, der überdies kein Gas-, sondern ein Stromnetz zum Gegenstand gehabt habe. Im Streitfall gehe es um eine viel geringere Anzahl von Kunden als in jenem Fall. Ungeachtet dessen sei der Ausgestaltungsspielraum der Gemeinde im Streitfall jedenfalls überschritten (unter Bezug auf OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, Rz. 51; Urteil

vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, Rn. 207; OLG Schleswig, Urteil vom 7. März 2022 – 16 U 166/21 Kart = EnWZ 2022, 330, Rz. 86 f.).

Rüge 2.44

15 Das Unter-Unterkriterium 6.6.1 „Informationsrechte“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 27) sei aus mehreren Gründen intransparent.

16 Da die Beklagte Informationsrechte zu den Teilkriterien „Einhaltung verbindlicher Zusagen“, also den Kriterien 1.5, 3.5 und 5.3 der Gruppe A, sowie zur „Erfüllung konzessionsvertraglicher Verpflichtungen“, also allen Kriterien 6.1-6.5 sowie 6.6.2 der Gruppe B, erwarte, bleibe hier ebenso wie bei den Kriterien „verbindliche Zusagen“ (Rügen 2.30, 2.31 und 2.32) in Ermangelung von Angaben zur Untergewichtung unklar, wie die Beklagte die unterschiedlichen Angebote zu Informationsrechten im Hinblick auf die einzelnen Kriterien, Unterkriterien und Unter-Unterkriterien, auf die sich diese Informationsrechte beziehen sollen, einer Gesamtbewertung unterziehen wolle. Damit leide das Kriterium an demselben Transparenzmangel wie die erörterten Kriterien 1.5., 3.5 und 5.3. Hierdurch werde der Beklagten ein unzulässiger Manipulationsspielraum eröffnet, weil sie im Nachhinein entscheiden könne, welche zugesagten Informationsrechte zu welchen Kriterien, Unterkriterien und Unter-Unterkriterien sie mit welcher Gewichtung bewerten möchte.

17 Da ausweislich der Kriterienbeschreibung Informationsrechte „insbesondere“ zur Einhaltung verbindlicher Zusagen im Angebot zu den Zielen des § 1 EnWG bei der Netzbewirtschaftung sowie zur Erfüllung konzessionsvertraglicher Verpflichtungen angeboten werden sollten, sei unklar, zu welchen darüber hinaus gehenden weiteren Angebotsinhalte die Beklagte Informationsrechte erwarte.

18 Soweit die Beklagte „möglichst umfassende vertragliche Informationsrechte“ erwarte, sei zudem unklar, was sie unter „umfassend“ verstehe, insbesondere welchen Maßstab sie für den Umfang der Informationsrechte anlege. Auch fehlten Vorgaben zum wertenden Vergleich verschiedener Informationsrechte. Einerseits könnte die Gemeinde über jeden kleinen Teilaspekt aller Angebotsinhalte informiert werden wollen, und diese Teilaspekte müssten möglicherweise konkret in den Informationsrechten benannt werden. Andererseits könnte auch eine allgemeine Aussage über den Umfang des Informationsrechts in Bezug auf die Angebotsinhalte sowie die konzessionsvertraglichen Verpflichtungen ausreichen. Ferner sei intransparent, welche Modalitäten der Informationsrechte die Beklagte präferiere. So sei für einen Bieter nicht erkennbar, ob etwa wenige Informationsrechte mit weitreichenden Informationen als umfassender gegenüber vielen Informationsrechten mit weniger weitreichenden Informationen bewertet werden

würden oder umgekehrt. Es fehle jeweils an der möglichen und gebotenen Mitteilung des Erwartungshorizonts der Beklagten.

19 Der Rüge sei auch nicht durch die Ausführungen der Beklagten im 3. Verfahrensbrief (Anlage ASt 11) (konkludent) abgeholfen worden. Ihr dort erläutertes Verständnis des Begriffs „umfassend“ lasse sich den maßgeblichen Verfahrensvorgaben nicht entnehmen. Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Karlsruhe seien ergänzende Erläuterungen oder Klarstellungen zu den ursprünglich mitgeteilten Auswahlkriterien unbeachtlich und nicht geeignet, eine Abhilfe darzustellen, wenn diese ergänzenden Erläuterungen oder Klarstellungen keinen Eingang in die Verfahrensvorgaben fänden (unter Bezug auf OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, Rn. 41; Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, Rn. 328).

Rüge 2.45

20 Das Unter-Unterkriterium 6.6.2 „Sanktionsmöglichkeiten“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 27) sei aus mehreren Gründen intransparent.

21 Da die Beklagte erwarte, dass Sanktionsrechte bezüglich der Umsetzung der im Angebot gemachten Ausführungen zur künftigen Netzbewirtschaftung sowie bezüglich konzessionsvertraglicher Verpflichtungen, also zu allen (Unter-/Unter-Unter-)Kriterien des Kriterienkatalogs, angeboten würden, bleibe ebenso wie bei den Kriterien „verbindliche Zusagen“ (Rügen 2.30, 2.31 und 2.32) sowie dem Kriterium „Informationsrechte“ (Rüge 2.44) unklar, wie die Beklagte die unterschiedlichen Sanktionsrechte im Hinblick auf die einzelnen Kriterien, Unterkriterien und Unter-Unterkriterien, auf die sich diese Sanktionsrechte beziehen sollten, einer Gesamtbewertung unterziehen wolle. Damit leide das Kriterium an demselben Transparenzmangel wie die erörterten Kriterien 1.5., 3.5, 5.3 und 6.6.1. Hierdurch werde der Beklagten ein unzulässiger Manipulationsspielraum eröffnet, weil sie im Nachhinein entscheiden könne, welche zugesagten Sanktionsrechte sie mit welcher Gewichtung bewerten möchte.

22 Ferner sei intransparent, was die Beklagte mit „möglichst umfassende vertragliche Sanktionsrechte“ meine. Die Beklagte mache insbesondere keine Angabe dazu, welche Art von Sanktionsrecht sie als umfassender präferiere und entsprechend gewichten werde. Vertragsstrafenregelungen und Sonderkündigungsrechte, welche die Beklagte als mögliche Sanktionsrechte nenne, seien aufgrund ihrer unterschiedlichen Natur nicht vergleichbar. Auch sei unklar, welche Modalitäten der Sanktionsrechte die Beklagte präferiere. So sei für einen Bieter nicht erkennbar, ob etwa viele geringe Vertragsstrafen als umfassender gegenüber wenigen höheren Vertragsstrafen bewertet werden würden oder umgekehrt. Die Kriterienbeschreibung

sei darüber hinaus deshalb intransparent, weil die Beklagte Sanktionsmöglichkeiten für „eine verzögerte, mangelhafte oder gänzlich unterbliebene“ Umsetzung bzw. Einhaltung erwarte, ohne dabei anzugeben, in welcher Relation sie die Sanktionsmöglichkeiten hierfür gewichten werde. Es sei für den Bieter nicht erkennbar, inwiefern die Beklagte von einer Abstufung bei der Schwere der Sanktionsmöglichkeiten ausgehe je nachdem, ob es sich um eine verzögerte oder mangelhafte Umsetzung bzw. Einhaltung handle oder um eine gänzlich unterbliebene Umsetzung bzw. Einhaltung. Es fehle jeweils an der möglichen und gebotenen Mitteilung des Erwartungshorizonts der Beklagten.

23 Die Ausgestaltung des Unter-Unterkriteriums 6.6.2 sei darüber hinaus intransparent, weil die Beklagte „möglichst umfassende vertragliche Sanktionsrechte“ erwarte, ohne eine Begrenzung hinsichtlich der Höhe der abgefragten Vertragsstrafen vorzugeben. Durch die fehlende Vorgabe eines Rahmens für die Vertragsstrafen verlagere die Beklagte das Risiko, dass die Bieter entweder eine zu hohe, mit Blick auf § 3 KAV aus Sicht der Beklagten nicht mehr angemessene und damit nicht bewertbare Vertragsstrafe oder eine aus Sicht der Beklagten mit Blick auf die Grenzen von § 3 KAV zu niedrige und damit nicht voll bewertbare Vertragsstrafe anböten, in unzulässiger Weise auf die Bieter. Vorgaben seien der Beklagten möglich. Verlangt werde lediglich, dass die Beklagte in abstrakter Form einen Rahmen für die Gestaltung der Sanktionsmittel setze. Denkbar wäre etwa, mögliche Verstöße (abstrakt) zu gewichten und entsprechend zu gruppieren und für die jeweiligen Gruppen dann die Vertragsstrafenhöhe einzugrenzen.

24 Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt,

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 6. Dezember 2022 eingeleitete Verfahren zur Vergabe der Konzession für das Gasversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in der Gemeinde [...] auf Grundlage des 1. Verfahrensbriefs vom 11. April 2023 und des 3. Verfahrensbriefs vom 13. Juli 2023 fortzusetzen, ohne zuvor den mit Schreiben der Antragstellerin vom 26. April 2023 erhobenen und mit der Antragsschrift weiterverfolgten Rügen

- Rüge 2.1: Rechtswidrige Vorgaben zum Nachweis der Eignung (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, A., S. 1 f.)
- Rüge 2.3: Rechtswidrigkeit des Unterkriteriums 4.1 „Kosteneffizienter Netzbetrieb“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. I., S. 5)
- Rüge 2.24: Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 1.1.1 „Investitionskonzept“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 10)

- Rüge 2.30: Rechtswidrigkeit des Unterkriteriums 1.5 „Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 13)
- Rüge 2.31: Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 3.5 „Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 20 f.)
- Rüge 2.32: Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 5.3 „Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 23)
- Rüge 2.39: Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 3.1.1 „Erreichbarkeit für Netzkunden“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 18)
- Rüge 2.40: Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 3.1.1 „Erreichbarkeit für Netzkunden“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 18)
- Rüge 2.41: Rechtswidrigkeit des Unterkriteriums 4.2 „Steigerung der Netzeffizienz“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 21/22)
- Rüge 2.44: Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 6.6.1 „Informationsrechte“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 27)
- Rüge 2.45: Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 6.6.2 „Sanktionsmöglichkeiten“ (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 27)

- Rügen zu den Netzdaten (Vertraulichkeitsvereinbarung) und den mit Schreiben der Antragstellerin vom 12. Mai 2023 erhobenen und mit der Antragsschrift weiterverfolgten Rügen zur Ausgestaltung der Ziffern 5, 6, 11, 12, 13 der am 20. April 2023 übermittelten Vertraulichkeitsvereinbarung,

abgeholfen – hilfsweise über die Abhilfe unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden – zu haben.

2. Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagung nach Ziffer 1 ein festzusetzendes Ordnungsgeld bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dies nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen am Oberbürgermeister der Beklagten, angedroht.

25 Die Beklagte hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

26 Die Beklagte hat vorgebracht, sie führe ein rechtmäßiges, insbesondere den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügendes Konzessionsvergabeverfahren durch. Den ihr bei Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien eingeräumten Entscheidungsspielraum habe sie nicht überschritten. In der Sache sei die Verfahrensweise der Beklagten rechtmäßig.

27 Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen und Entscheidungsgründe ergänzend verwiesen wird, dem Antrag Ziff. 1 in Bezug auf die Rügen 2.31 und 2.32 vollumfänglich sowie hinsichtlich der Rügen 2.30, 2.44 und 2.45 teilweise unter Ordnungsmittellandrohung gem. Antrag Ziff. 2 stattgegeben und den Verfügungsantrag im Übrigen zurückgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung, soweit sie die im Berufungsverfahren noch gegenständlichen Rügen betrifft, hat es ausgeführt, die Rüge 2.3 habe keinen Erfolg, da das Unterkriterium „Kosteneffizienter Netzbetrieb“ nicht aufgrund einer zu geringen Gewichtung mit 40 Punkten, entsprechend 4% der Gesamtpunktzahl von 1000 Punkten, sachwidrig sei. Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung ergebe sich ein Vorrang der Kosteneffizienz vor den übrigen energiewirtschaftlichen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG. Jedenfalls sei es im Streitfall nicht als den Ausgestaltungsspielraum der Gemeinde überschreitend sachwidrig anzusehen, dass die Beklagte dem Kriterium der Kosteneffizienz lediglich ein Gewicht von 4% beimesse. Die Rüge 2.30 habe teilweise Erfolg, da die Klägerin zurecht die Intransparenz des betroffenen Unterkriteriums rüge, weil die Bewertung der Verbindlichkeit der Zusagen nicht hinsichtlich der (Unter) Unterkriterien 1.1.1., 1.1.2, 1.2 bis 1.4 wertungsmäßig aufgeschlüsselt werde. Die Rüge der Sachwidrigkeit bleibe hingegen ohne Erfolg. Die Rügen 2.31 und 2.32 hätten aus denselben Gründen Erfolg. Die Rüge 2.40 greife nicht durch, da der Umstand, dass die Beklagte die Wertung eines Kundenbüros als Kommunikationsweg in Unter-Unterkriterium 3.1.1 nicht von vornherein ausschließe, den Ausgestaltungsspielraum der Beklagten nicht überschreite. Die Rüge 2.44 und 2.45 hätten im Wesentlichen Erfolg, soweit die Bewertung der Informationsrechte bzw. die Sanktionsrechte bezogen auf die abgefragten (Unter-)Unterkriterien der Hauptkriterien untereinander nicht wertungsmäßig aufgeschlüsselt würden. Die weitergehende Rüge einer Intransparenz bleibe hingegen ohne Erfolg.

28 Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung insoweit, als der Antrag Ziff. 1 in Bezug auf die Rügen 2.3 und 2.40 zurückgewiesen worden ist.

29 Die Klägerin macht zur Begründung der Berufung geltend, das Landgericht habe die Rüge 2.3 zu Unrecht mit der Begründung zurückgewiesen, dass per se kein Vorrang der Kosteneffizienz vor den übrigen energiewirtschaftlichen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG bestehe und sich aus § 1 Abs. 1 EnWG und § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG kein Rangverhältnis der einzelnen Ziele untereinander entnehmen lasse. Nach der gesetzlichen Regelung und der Intention des Gesetzgebers komme der Kosteneffizienz gegenüber den übrigen energiewirtschaftlichen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG besondere Bedeutung zu, was auch durch die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung angenommen werde. Selbst wenn man entgegen der

Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte die Gewichtung der Kosteneffizienz mit lediglich 4% noch für ausreichend halte und auch die Gewichtung des Effizienzkriteriums insgesamt als sachgemäß erachte, liege im Streitfall jedenfalls eine sachwidrige Fehlgewichtung innerhalb des Effizienzkriteriums vor. Die Rüge 2.40 habe das Landgericht nicht mit der Begründung zurückweisen dürfen, dass der Nicht-Ausschluss einer Bewertung eines Kundenbüros vom Ausgestaltungsspielraum der Beklagten gedeckt sei. Auf die von der Klägerin vorgetragenen Umstände des Einzelfalls gehe das Urteil nicht ein. Im Konzessionsgebiet der Beklagten stehe der Aufwand für das Vorhalten und den Betrieb eines Kundenbüros aufgrund des praktisch nicht mehr existierenden Bedarfs in einem groben Missverhältnis zum Nutzen. Die Ausgestaltung des Kriteriums 3.1.1, wonach ein Kundenbüro als Kommunikationsmittel angeboten und bewertet werden kann, überschreite den gemeindlichen Beurteilungsspielraum.

30 Die Klägerin **b e a n t r a g t**,

der Beklagten unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Mannheim vom 20. Dezember 2023 (Az.: 14 O 64/23) über den tenorierten Umfang hinaus zu untersagen, wie in erster Instanz unter Ziff. 1 zu Rüge 2.3 und Rüge 2.40 beantragt.

31 Die Beklagte **b e a n t r a g t**,

die Berufung zurückzuweisen.

32 Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil im von der Berufung betroffenen Umfang unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

33 Die Beklagte wendet sich mit der Anschlussberufung gegen den stattgebenden, also Ziff. 1 und Ziff. 3 betreffenden Teil des Urteils des Landgerichts, mit der sie die Zurückweisung des Antrags auch insoweit erstrebt.

34 Die Beklagte führt zur Begründung der Anschlussberufung an, die Auffassung des Landgerichts, die Berufungsbeklagte müsse bei den von den Rügen 2.30, 2.31, 2.32, 2.44 und 2.45 betroffenen Kriterien eine wertungsmäßige Aufschlüsselung hinsichtlich der von den Kriterien jeweils in Bezug genommenen Angebotsinhalte vornehmen, beruhe auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung. Das Regelungskonzept des offenen Konzeptwettbewerbs beziehe sich auf die Angebotsinhalte zu den genannten Kriterien insgesamt. Es bleibe den Bietern überlassen, wie sie das vorgegebene Ziel („möglichst umfassende, konkrete und verbindliche konzessionsvertragliche Zusagen zur Umsetzung der bei den Unterkriterien 1.1. bis 1.4. nebst Unter-Unterkriterien ausgeführten Angebotsinhalte bei der künftigen Netzbewirtschaftung im Konzessionsgebiet“) mit ihrem angebotenen Regelungskonzept erreichen möchten. Das Ziel dieses Regelungskonzepts sei für

jeden fachkundigen Bieter eindeutig und zweifelsfrei erkennbar und damit hinreichend transparent vorgegeben.

35 Die Beklagte **b e a n t r a g t**,

das angefochtene Urteil abzuändern und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

36 Die Klägerin **b e a n t r a g t**,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

37 Die Klägerin verteidigt den zu ihren Gunsten ergangenen Ausspruch im landgerichtlichen Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

38 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2024 verwiesen.

B.

39 Die Berufung und die Anschlussberufung sind zulässig. Die Anschlussberufung wendet sich mit Erfolg dagegen, dass das Landgericht dem zulässigen Antrag Ziff. 1 im tenorierten Umfang stattgegeben hat, da dieser (auch) insoweit unbegründet ist. Die Zurückweisung des Antrags Ziff. 1 im Übrigen greift die Berufung erfolglos an, weil dieser, wie vom Landgericht zutreffend erkannt, auch diesem Umfang unbegründet ist.

40 I. Das einstweilige Verfügungsverfahren ist, (insbesondere) soweit es auf die Berufung und die Anschlussberufung fortgesetzt wird, als solches nach § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG mit den gestellten Unterlassungsanträgen grundsätzlich statthaft und scheitert auch nicht an besonderen Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes (siehe Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 73 ff mwN). Es ist auch im Übrigen zulässig.

41 II. Die aufgrund der Berufung und der Anschlussberufung zur Entscheidung gestellten Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sind unbegründet.

42 1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 47 Abs. 5 EnWG unterliegt – soweit er im Berufungsverfahren Gegenstand der Beurteilung ist – keinen Zulässigkeitsbedenken. Die Klägerin hat die hier geltend gemachten Rechtsverstöße insbesondere in Einklang mit § 47 Abs. 1 EnWG und innerhalb der Frist nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG durch eine Rüge in Textform gegenüber der Gemeinde erklärt und begründet sowie die gerügten Rechtsverletzungen sodann nach Zugang der Nicht-Abhilfeentscheidung binnen der Frist nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG vor Gericht

geltend gemacht (siehe zu diesen Anforderungen Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 98 f).

43 2. Ein Verfügungsanspruch setzt hinsichtlich der vorliegenden Streitgegenstände jeweils in materieller Hinsicht voraus, dass die Klägerin als Bewerberin um die Konzession durch die Beklagte unbillig behindert wird bzw. dass bei Durchführung der Konzessionsvergabe nach der gerügten Bekanntmachung deren unbillige Behinderung durch die Beklagte droht.

44 Das Landgericht ist im Ausgangspunkt bei der Beurteilung der mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vorgebrachten Rügen von einem im Allgemeinen zutreffenden Prüfungsmaßstab ausgegangen, wie er auch vom Senat (Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 80 ff) zugrunde gelegt wird:

45 Eine (drohende) unbillige Behinderung von Bewerbern ist danach aufgrund der gebotenen Gesamtwürdigung grundsätzlich anzunehmen, wenn das Auswahlverfahren gegen die kartellrechtlichen Pflichten der Gemeinde, insbesondere gegen § 46 EnWG verstößt, und dadurch die Chancen der Bewerber auf die Konzession beeinträchtigt werden (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 55 ff, 58 – Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2015, 29 Rn. 53 – Stromnetz Homberg; RdE 2020, 422 Rn. 14 – Stromnetz Steinbach). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es den Gemeinden als marktbeherrschenden Anbietern der Wegenutzungsrechte im Sinn von § 46 Abs. 2 EnWG in ihrem Gebiet gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB untersagt, ihre marktbeherrschende Stellung durch unbillige Behinderung der Bewerber um den Abschluss eines Konzessionsvertrags missbräuchlich auszunutzen. Die Gemeinden sind vielmehr nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. 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, umweltverträglichen und treibhausgasneutralen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 16 ff, 34 ff – Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2020, 358 Rn. 31 f – Gasnetz Leipzig; RdE 2021, 477 Rn. 19 – Gasnetz Berlin).

46 a) Das Auswahlverfahren muss so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus dem Diskriminierungsverbot

folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 35 – Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2015, 29 Rn. 52 – Stromnetz Homberg; RdE 2020, 358 Rn. 32 – Gasnetz Leipzig; RdE 2020, 422 Rn. 15 – Stromnetz Steinbach; RdE 2021, 477 Rn. 20 – Gasnetz Berlin; WuW 2022, 90 Rn. 10 – Gasnetz Rösrath). Die notwendige Transparenz ist im Allgemeinen dann hergestellt, wenn alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter – also die an der Konzession interessierten Unternehmen (vgl. BGH, RdE 2020, 422 Rn. 16 – Stromnetz Steinbach; WuW 2022, 90 Rn. 10 – Gasnetz Rösrath) – die genaue Bedeutung der Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können, und auch die Gemeinde überprüfen kann, ob und in welchem Umfang die Angebote der Bieter die geltenden Kriterien erfüllen (vgl. Senat, Urteil vom 3. April 2017 – 6 U 153/16 Kart, juris Rn. 126 mwN; Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 136; siehe auch EuGH, VergabeR 2012, 569 Rn. 109 – Kommission/Königreich der Niederlande).

47 b) Bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien für die Konzessionsvergabe durch Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung der energiewirtschaftsrechtlichen Einzelziele gegeneinander und der hieran knüpfenden Bewertung der Bieterangebote steht der Gemeinde als Ausfluss ihrer durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Planungshoheit ein weiter Spielraum (Beurteilungs-/Bewertungs-/Entscheidungs-/Ermessensspielraum) zu (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; Urteil vom 11. Dezember 2019 – 6 U 81/19 Kart, S. 24, unveröffentlicht; vgl. ferner BT-Drucks. 18/8184, S. 13, 15; BGHZ 199, 289 Rn. 48 – Stromnetz Berkenthin; OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 486, 488; KG, EnWZ 2019, 76, 81 f). Hierbei kann die Gemeinde den Anforderungen des jeweiligen Netzgebiets Rechnung tragen (§ 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG) und unter Wahrung der netzwirtschaftlichen Anforderungen auch die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigen (§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG). Der Spielraum der Gemeinde ist nur daraufhin überprüfbar, 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 (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; vgl. OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 488). Die Zuschlagskriterien der Gemeinde müssen danach insbesondere objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar sein und einen Bezug zum Netzbetrieb haben bzw. die netzwirtschaftlichen Anforderungen wahren, wobei namentlich die Gewichtung der Zuschlagskriterien sachgerecht an den Zielen des § 1

EnWG orientiert sein muss (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; vgl. Senat, Urteil vom 3. April 2017 – 6 U 156/16 Kart, NJOZ 2018, 1809, 1818 f), die die Gemeinde gegebenenfalls unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse konkretisieren kann (vgl. BGH, RdE 2020, 422 Rn. 16 – Stromnetz Steinbach). Der bei der Bestimmung der Kriterien bestehende Spielraum der Gemeinde wird dort überschritten, wo die Bedeutung eines Kriteriums in der Ausschreibungsgewichtung so grundlegend von dessen Bedeutung nach den energiewirtschaftsrechtlichen Zielsetzungen abweicht, dass daraus eine Verkenntung des Kriteriums offenkundig wird, weil von einer angemessenen Bewertung auch im Lichte des Spielraums nicht mehr ausgegangen werden kann (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; vgl. OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 486).

48 3. Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe dringt aber entgegen der Annahme des Landgerichts die Rüge 2.30 nicht durch. Die mit dieser Rüge beanstandeten Vorgaben im Unterkriterium 1.5 („Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“) genügen auch insoweit den Anforderungen an eine transparente Angabe dessen, worauf es der Gemeinde ankommt, soweit die fehlende Aufschlüsselung auf die (Unter-)Unterkriterien 1.1.1 („Investitionskonzept“), 1.1.2 („Instandhaltungskonzept“), 1.2 („Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen“), 1.3 („Reaktionszeiten“) und 1.4 („Ungefährlichkeit des Betriebs der Netzanlagen“) betroffen ist (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C. III., S. 13 f.). Die Annahme des Landgerichts, dass die gerügte Sachwidrigkeit nicht vorliegt, wird mit der Berufung nicht angegriffen, sodass die Rüge insoweit nicht der Nachprüfung des Senats unterliegt.

49 a) Der 1. Verfahrensbrief bestimmt zum unter das Kriterium 1 „Sichere Versorgung“ fallende Unterkriterium 1.5 insoweit:

„Der Bieter ist aufgefordert, ein Regelungskonzept im Konzessionsvertrag anzubieten, das sicherstellt, dass die in seinem Angebot zu den Unterkriterien 1.1. bis 1.4. nebst Unter-Unterkriterien enthaltenen Ausführungen als spezifische konzessionsvertragliche Zusagen rechtsverbindlichen Charakter erhalten. Die Zusagen sollen möglichst konkret sein und die Gemeinde in die Lage versetzen, auf konzessionsvertraglicher Grundlage die Umsetzung der jeweiligen Angebotsaussagen zu den genannten Kriterien verlangen zu können.

Ziel der Gemeinde sind möglichst umfassende, konkrete und verbindliche konzessionsvertragliche Zusagen zur Umsetzung der bei den Unterkriterien 1.1. bis 1.4. nebst Unter-Unterkriterien ausgeführten Angebotsinhalte bei der künftigen Netzbewirtschaftung im Konzessionsgebiet.

Bewertung: Es findet eine relativ vergleichende Bewertung entsprechend den Erläuterungen unter obiger Ziff. C. II. 3. b. statt. Das Regelungskonzept, welches die beste Zielerfüllung erwarten lässt, erhält die Höchstpunktzahl.“

50 Im vorstehend wiedergegebenen Kriterienkatalog war zudem angegeben, dass auf das Unterkriterium 1.5 „Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ 20 Punkte bei der Bewertung entfallen. Unter Ziffer C. II. 3.b. des Verfahrensbriefes ist zudem bestimmt:

„Bei konzeptionellen Kriterien findet eine relativ-vergleichende Bewertung nach folgenden Maßgaben statt:

Dasjenige Angebot, welches nach qualitativem Vergleich aller Angebote am meisten erwarten lässt, dass das beim jeweiligen Kriterium angegebene kommunale Ziel umfassend erfüllt wird, erhält die Höchstpunktzahl 5. Die anderen Angebote erhalten, gemessen am besten Angebot, eine ihrem Erfüllungsgrad entsprechende Wertungspunktzahl zwischen 0 und 5, wobei Abstufungen in halben Punktzahlen vorgenommen werden. Mehrere Angebote können dieselbe Punktzahl erreichen, wenn sie nach dem Ergebnis der Auswertung die Zielerfüllung in gleichem Maße erwarten lassen.

Die Tatsache, dass die Gemeinde ein Konzept fordert, trägt den Anforderungen der Ziele des § 1 EnWG Rechnung. Dementsprechend legt die Gemeinde bei diesen Kriterien besonderen Wert auf die konzeptionellen Ideen der Bieter und fordert diese auf, Lösungsangebote zur bestmöglichen Erfüllung der vorgegebenen Ziele zu erarbeiten (funktionale Leistungsbeschreibung). Das gilt sowohl hinsichtlich abgefragter Aspekte des operativen Netzbetriebs wie auch hinsichtlich von Regelungskonzepten betreffend konzessionsvertragliche Regelungen. Eine abschließende Erläuterung, wonach die Gemeinde gegebenenfalls die Abstände zwischen den Angeboten konkret bemisst, kann demnach schon systembedingt (teilkunktionaler Wettbewerb mit funktionaler Leistungsbeschreibung bei konzeptionellen Kriterien) nicht erfolgen. Die konkrete Punktevergabe wird im Rahmen der Dokumentation der Angebotsauswertung näher begründet und dadurch nachvollziehbar.“

51 b) Das Landgericht, das im Ausgangspunkt zutreffend von einer Ausgestaltung des Unterkriteriums als Konzeptwettbewerb ausgegangen ist, hat angenommen, diese Vorgaben ließen nicht mit hinreichender Klarheit erkennen, worauf es der Gemeinde bei diesem Unterkriterium ankomme. Es hat ausgeführt, aufgrund der zitierten Zielvorgabe sei den Bietern im Streitfall zwar klar, in welche Richtung ihr Angebot gehen müsse, um unter dem in Rede stehenden Unterkriterium eine möglichst hohe Punktzahl zu erhalten. Habe die Gemeinde jedoch wie im Streitfall die

Bewertung, was den materiellen Angebotsinhalt als solchen zu einem Kriterium angehe, auf Unterkriterien mit bestimmten wertungsmäßigen Gewichtungen aufgeschlüsselt, sei kein rechtfertigender Grund dafür ersichtlich, bei der Bewertung der Verbindlichkeit von Zusagen, die zusätzlich neben die Bewertung des Angebotsinhalts als solchen trete, hiervon abweichend von einer wertungsmäßigen Aufschlüsselung abzusehen. Soweit die Gemeinde – wie im Streitfall – den materiellen Inhalt der angebotenen Leistungen bei einem Kriterium aufgeschlüsselt nach gewichteten Unterkriterien bewerte, habe sie die Offenheit des Konzeptwettbewerbs insoweit eingeschränkt. Die im Konzeptwettbewerb grundsätzlich geltende Annahme, dass die wertungsmäßige Erfassung der für ein Kriterium bzw. Unterkriterium relevanten Einzelaspekte in den Ausschreibungsbedingungen grundsätzlich nicht weiter aufzuschlüsseln sei, weil die fehlende Aufschlüsselung notwendige Folge der inhaltlichen Offenheit des Bieterwettbewerbs sei, verliere im Streitfall an Gewicht, da es nur noch um die Bewertung der Verbindlichkeit der Zusagen gehe, nachdem die Bewertung des materiellen Angebotsinhalts bereits wertungsmäßig aufgeschlüsselt sei. Zwar könnte in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte die Bewertung der Verbindlichkeit von Zusagen zu Angebotsinhalten so zu verstehen sein, dass die Zusagen mit Blick auf die einzelnen Unterkriterien im Verhältnis zueinander mit dem gleichen Gewicht bewertet würden wie der Angebotsinhalt als solcher. Im Streitfall würden jedoch abweichende Anhaltspunkte vorliegen, da als Ziel für das Unterkriterium 1.5 lediglich möglichst umfassende, konkrete und verbindliche konzessionsvertragliche Zusagen zur Umsetzung der bei den Unterkriterien 1.1. bis 1.4. nebst Unter-Unterkriterien ausgeführten Angebotsinhalte bei der künftigen Netzbewirtschaftung im Konzessionsgebiet angegeben seien. Das unterscheide sich von dem Ziel, durch Zusagen einen möglichst hohen Zielerreichungsgrad bei den Unterkriterien 1.1. bis 1.4 sicherzustellen.

52 c) Entgegen diesen Ausführungen des Landgerichts entsprechen die gegenständlichen Vorgaben jedoch den Anforderungen an eine transparente Angabe dessen, worauf es der Gemeinde ankommt.

53 aa) Die Beklagte hat sich entschieden, das Konzessionsvergabeverfahren als offenen Ideen- und Konzeptwettbewerb (auch in Bezug auf den von den Bietern vorzulegenden Konzessionsvertragsentwurf) in Verbindung mit der Ankündigung einer relativ-vergleichenden Bewertungsmethode auszugestalten, was die Klägerin auch nicht beanstandet.

54 Das Transparenzgebot verlangt von den Gemeinden nicht, sämtliche materiellen Aspekte, die sie bei der vorzunehmenden Wertung der Angebote berücksichtigen will, im Vorhinein bis ins letzte Detail wertungsmäßig aufzuschlüsseln (vgl. Senat, Urt. v.

27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, juris Rn. 99; Urt. v. 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart Rn. 349 f.). Dies gilt zumindest, wenn die zur Erläuterung der Unterkriterien aufgeführten Aspekte keine abschließende Auflistung, sondern vielmehr die aus Sicht der Kommune zentralen Gesichtspunkte darstellten. Dies ist notwendige Folge, soweit eine inhaltliche Offenheit des Bieterwettbewerbs den Bewerbern Spielraum dafür lässt, auch eigene (neue) Gesichtspunkte einzubringen (vgl. Senat, Urteil vom 11. Dezember 2019 – 6 U 81/19, S. 26, unveröffentlicht; KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 2 U 18/18 EnWG, juris Rn. 95). Insoweit fordert das Transparenzgebot bei zulässigen Offenheiten der Ausschreibung für eigene Gestaltungen des Bieters nicht, dass er bei Abgabe seines Gebots weiß, welche Leistungen er bieten muss, um das am höchsten zu bewertende Gebot zu machen (siehe auch Senat, Urteil vom 11. Dezember 2019 – 6 U 81/19, S. 26, unveröffentlicht; Beck-VergabeR/Opitz, 4. Aufl., GWB § 127 Rn. 133 mwN zum Vergaberecht; Senat, Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart –, Rn. 99, juris).

55 Ferner ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass die angekündigten Bewertungsmaßstäbe ausfüllungsbedürftige Begriffe enthalten, die erst bei der Bewertung und Einstufung der Angebote im Einzelfall – ohne Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung – konkretisiert werden können und damit in ihrer Anwendung qualitative Wertungen erfordern. Solche sind nicht zu vermeiden, soweit die Ausschreibung ergebnisoffene Elemente enthält, was unter dem Gesichtspunkt der Transparenz der Bewertungsabsicht nicht unzulässig ist, sofern die Bieter erkennen können, welche Anforderungen damit an sie gestellt werden, insbesondere welche Gesichtspunkte eines Angebots positiv gewertet werden (vgl. Senat, Urt. v. 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, juris Rn. 75 ff.).

56 Auch wenn das Transparenzgebot demnach bei zulässigen Offenheiten der Ausschreibung für eigene Gestaltungen des Bieters nicht verlangt, dass er bei Abgabe seines Gebots weiß, welche Leistungen er bieten muss, um das am höchsten zu bewertende Gebot zu machen (vgl. Senat, Urt. v. 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart Rn. 349), bleibt es auch in diesem Zusammenhang dabei, dass der Bieter gerade im Graubereich wissen muss, welche Aspekte überhaupt positiv bewertet werden, weil er andernfalls nicht in die Lage versetzt wird, ein sachgerechtes Angebot abzugeben (vgl. Senat, Urt. v. 27.01.2021, 6 U 95/20 Kart Rn. 415 zum Graubereich bei höchstrichterlich in ihrer Zulässigkeit nicht geklärter Leistungsangebote). Ob bei einzelnen Kriterien weitere Konkretisierungen in den Ausschreibungsbedingungen insbesondere zur Vorbeugung von Spielräumen für sachwidrige Bewertungen geboten sind, ohne dabei den Ausschreibungsspielraum der Gemeinden, die mit dem offenen Ideen- und Konzeptwettbewerb gerade die Expertise der Bieter fruchtbar machen möchten, anstatt konkrete Leistungen selbst vorzugeben, unzumutbar

einzuengen, ist eine Frage der transparenten Ausformulierung des jeweiligen Kriteriums nach dessen etwaigen Besonderheiten (vgl. Senat, Urt. v. 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, Rn. 102, 112).

57 bb) Nach diesen Maßstäben durfte die Beklagte bei den Vorgaben im Unterkriterium 1.5 („Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“) in Bezug auf die (Unter-)Unterkriterien 1.1.1 („Investitionskonzept“), 1.1.2 („Instandhaltungskonzept“), 1.2 („Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen“), 1.3 („Reaktionszeiten“) und 1.4 („Ungefährlichkeit des Betriebs der Netzanlagen“) von einer wertungsmäßigen Aufschlüsselung absehen, ohne gegen das Transparenzgebot zu verstoßen.

58 (1) Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass es unbedenklich sein dürfte, als Wertungskriterium beim Angebotsvergleich Einflussmöglichkeiten der Gemeinde (insbesondere Informations- und Nachverhandlungspflichten, Mitwirkungs- und Konsultationsrechte) zu berücksichtigen, wie sie auf vertragsrechtlicher Grundlage geschaffen werden können, um insbesondere auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Entwicklung der Gemeinde über die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrags und die sich hieraus ergebenden veränderten Anforderungen an den Netzbetrieb nicht zuverlässig vorhersehbar sind (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12 – Berkenthin, BGHZ 199, 289-322, Rn. 52). Allerdings hält der Bundesgerichtshof es für erforderlich, dass die Gemeinde Einflussmöglichkeiten, die sie für unverzichtbar hält, bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung für den Konzessionsvertrag für alle Angebote verbindlich vorgeben muss. Ihre zusätzliche Berücksichtigung bei der Bewertung der ordnungsgemäßen Angebote ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann nicht mehr möglich.

59 (2) In der Literatur und der Rechtsprechung wird daher teilweise gefordert, dass die Gemeinde, wenn sie zu einzelnen Auswahlkriterien vertragliche Zusagen verlangt, vorab mitteilen müsse, wie diese Zusagen bei der Bewertung der Angebote gewichtet werden (Berliner Kommentar zum Energierecht/Säcker, 4. Auflage 2019, § 46 EnWG Rn. 129; OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. März 2015, 11 W 47/14, juris, Rn. 23) bzw. dass die nicht vorab mitgeteilte Berücksichtigung vertraglicher Zusicherungen einen Bewertungsfehler darstelle (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 5. August 2022 – 13 U 81/21, Rn. 20, juris).

60 (3) Nach der Rechtsprechung des Senats können die Planungshoheit der Gemeinde und ihr Recht zur Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebs es rechtfertigen, bei der Auswahl des Netzbetreibers vertragliche Zusagen der Bieter bei der Bewertung der Auswahlkriterien zu berücksichtigen, ohne dies überhaupt vorab mitzuteilen (Senat, Urt. v. 28. August 2024 – 6 U 12/24,

unveröffentlicht; offen gelassen BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12 – Berkenthin, BGHZ 199, 289, Rn. 51).

61 Die Existenz und Qualität vertraglicher Sicherungsmittel und Sanktionsmechanismen können einen geeigneten Gradmesser dafür darstellen, inwieweit der jeweilige Bieter sich über die Ausführungen in seinem Konzept hinaus zur Erfüllung seiner Angebotsinhalte vertraglich verpflichtet und dass die Berücksichtigung von kriteriumsbezogenen Leistungszusagen, hieran anknüpfenden Informations- und Berichtspflichten, Abhilfepflichten bei Nichterfüllung, Vertragsstrafen und Sonderkündigungsrechten dazu beitragen kann, zu ermitteln, ob die von der Beklagten vorgegebene Zielerfüllung erwartet werden kann (vgl. auch KG Berlin, Urteil vom 25. Oktober 2018, 2 U 18/18 EnWG, Rn. 61, juris; Theobald/Kühling/Theobald/Schneider, 115. EL Januar 2022, EnWG § 46 Rn. 118). Die Gemeinde und die Netzkunden haben grundsätzlich keine rechtlichen Möglichkeiten, die Umsetzung der Konzepte einzufordern. Ohne vertragliche Absicherung handelt es sich bei den in den Konzepten enthaltenen Darstellungen nur um unverbindliche Absichtserklärungen (OLG Celle, Beschluss vom 5. August 2022, 13 U 81/21, Rn. 20, juris). Dass eine Gemeinde aus Sicht eines verständigen Bewerbers einer rechtlich abgesicherten Verpflichtung bei der Bewertung eines Angebots eine höhere Wertschätzung entgegenbringen wird, als einer bloßen unverbindlichen Selbstanpreisung der Absichten des Bieters, erscheint dem Senat so selbstverständlich, dass es hierzu bereits keiner ausdrücklichen Erwähnung im Kriterienkatalog bedarf.

62 Die Forderung der vorherigen Mitteilung der für die einzelnen Kriterien zu berücksichtigenden vertraglichen Regelungen liefere darauf hinaus, der Gemeinde die Durchführung eines partiell anderen Vergabeverfahrens aufzuerlegen, als es ihren eigentlichen Intentionen entspricht, und den Bietern direkt oder mittelbar Lösungskomponenten vorzugeben, die diese zwangsläufig aufgreifen würden, um in der Angebotswertung bestehen zu können; damit würde die Gemeinde gezwungen, Aufgaben zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen des offenen Ideen- und Konzeptwettbewerbs in rechtlich unbedenklicher Weise auf die Bieter delegieren wollte (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 – 2 U 218/18, juris Rn. 87; Senat, Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, Rn. 100, juris). Mithin würde ein nach konzeptionellen Kriterien beabsichtigter Ideenwettbewerb konterkariert, wenn die Gemeinde gezwungen wäre, vertragliche Regelungen für die einzelnen Kriterien zu entwickeln und vorzugeben, was zugleich dazu führen würde, dass sie nicht von ihr bedachte, vom Bieter (neu) entwickelte Vertragsgestaltungen nicht berücksichtigen dürfte.

63 (4) Vor diesem Hintergrund war die Gemeinde, auch wenn sie die beabsichtigte Berücksichtigung von vertraglichen Zusagen in Bezug auf einzelne Auswahlkriterien mitgeteilt hat, nicht gehalten, eine wertungsmäßige Aufschlüsselung in Bezug auf die betroffenen (Unter-)Unterkriterien vorzunehmen. Insbesondere hat die Gemeinde, anders als das Landgericht meint, die Offenheit des Konzeptwettbewerbs insoweit nicht eingeschränkt. Vielmehr verlangt sie „konkrete und verbindliche konzessionsvertragliche Zusagen zur Umsetzung der bei den Unterkriterien 1.1. bis 1.4. nebst Unter-Unterkriterien ausgeführten Angebotsinhalte“, ohne Vorgaben zum Inhalt und zum Umfang der vertraglichen Regelungen in Bezug auf die einzelnen (Unter-)Unterkriterien zu machen, sodass sie auch an dieser Stelle einen offenen Bieterwettbewerb durchführt, der den Bewerbern Spielraum bei der Gestaltung der vertraglichen Regelungen lässt. Ein nach konzeptionellen Kriterien beabsichtigter Ideenwettbewerb würde auch hier konterkariert, wenn die Gemeinde gezwungen wäre, vorab eine wertungsmäßige Aufschlüsselung in Bezug auf die betroffenen (Unter-)Unterkriterien und damit eine Gewichtung der Bedeutung der vertraglichen Umsetzung zu den einzelnen Angebotsinhalten vorzunehmen, da dies dazu führen würde, dass sie nicht von ihr bedachte, vom Bieter (neu) entwickelte Vertragsgestaltungen, die zu einer anderen Gewichtung führen würden, aber dennoch die beste Zielerfüllung erwarten lassen, nicht berücksichtigen dürfte. Denn angesichts des durchgeführten Konzeptwettbewerbs sind die einzelnen Angebotsinhalte noch gar nicht bekannt, sodass auch noch nicht beurteilt werden kann, welche Bedeutung der vertraglichen Umsetzung jeweils zukommt (vgl. Landgericht Stuttgart, Ur. v. 11. August 2022 – Az. 35 O 63/22 KfH (Anlage Ast 3), unveröffentlicht). Soweit der Klägersvertreter in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, bei einer vorab nicht mitgeteilten Berücksichtigung von vertraglichen Zusagen sei Transparenz gegeben, weil dann jedenfalls klar sei, dass die vertraglichen Zusagen bei der Bewertung der wertungsmäßig aufgeschlüsselten materiellen Angebotsinhalte einfließen, während die hier gewählte Bewertungsmethode intransparent sei, weil für den Bieter nicht ersichtlich sei, wie die Punkte im Einzelnen vergeben würden, ist dem nicht zuzustimmen. Durch die Mitteilung, dass in Bezug auf bestimmte einem Hauptkriterium unterfallende (Unter-)Unterkriterien vertragliche Zusagen bei der Bewertung berücksichtigt werden und dass auf diese vertraglichen Zusagen insgesamt eine bestimmte Punktzahl entfällt, wird für einen verständigen Bieter hinreichend deutlich, welche Bedeutung die Gemeinde vertraglichen Zusagen in Bezug auf die dem jeweiligen Hauptkriterium unterfallenden (Unter-)Unterkriterien insgesamt beimisst, dass die Punktevergabe dann aber von der Bewertung und Einstufung der Angebote im Einzelfall abhängt. Damit ist in einem offenen Konzeptwettbewerb eine hinreichende Transparenz gegeben, ohne dass es darauf ankäme, ob eine noch transparentere Ausgestaltung

möglich wäre. Denn das Transparenzgebot verlangt nicht die Herstellung einer maximalen, sondern der notwendigen Transparenz. Ob die für die vertraglichen Zusagen zu vergebenden Punkte zutreffend auf die jeweils vorstehenden (Unter-)Unterkriterien vergeben werden, ist keine Frage der Transparenz, sondern die erst in einem eventuellen künftigen Verfahrensstadium zu treffende Entscheidung über die Bewertung der einzelnen Angebote durch die Kommune.

64 4. Bei Zugrundelegung der vorstehend unter 2. referierten Maßstäbe dringen entgegen der Annahme des Landgerichts auch die Rüge 2.31 zur Rechtswidrigkeit des Unterkriteriums 3.5 („Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“) wegen fehlender wertungsmäßiger Aufschlüsselung auf die (Unter-)Unterkriterien 3.1.1, 3.1.2, 3.2 bi 3.4 und die Rüge 2.32 zur Rechtswidrigkeit des Unterkriteriums 5.3 („Verbindliche Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“) wegen fehlender wertungsmäßiger Aufschlüsselung auf die (Unter-)Unterkriterien 5.1 und 5.2 nicht durch, was die Anschlussberufung zurecht geltend macht. Das Landgericht hat die Rügen für durchgreifend erachtet, da die Klägerin die Intransparenz der Ausgestaltung dieser Unterkriterien aus den gleichen Gründen wie beim Unterkriterium 1.5 rüge. Aus den vorstehend unter Ziff. 3 dargelegten Gründen war die Gemeinde aber auch bei den Unterkriterien 3.5 und 5.3 nicht gehalten, eine wertungsmäßige Aufschlüsselung in Bezug auf die betroffenen (Unter-)Unterkriterien vorzunehmen.

65 5. Bei Zugrundelegung der vorstehend unter 2. referierten Maßstäbe dringen entgegen der Annahme des Landgerichts zudem die Rüge 2.44 zur Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 6.6.1 („Informationsrechte“) wegen fehlender wertungsmäßiger Aufschlüsselung auf die (Unter-)Unterkriterien der Hauptkriterien 1 bis 6 und die Rüge 2.45 zur Rechtswidrigkeit des Unter-Unterkriteriums 6.6.2 („Sanktionsmöglichkeiten“) wegen fehlender wertungsmäßiger Aufschlüsselung auf die (Unter-)Unterkriterien der Hauptkriterien 1 bis 6 nicht durch, was die Anschlussberufung zurecht geltend macht. Das Landgericht hat die Rügen für durchgreifend erachtet, da die Klägerin die Intransparenz der Ausgestaltung dieser Unter-Unterkriterien aus den gleichen Gründen wie beim Unterkriterium 1.5 rüge. Aus den vorstehend unter Ziff. 3 dargelegten Gründen war die Gemeinde aber auch bei den Unter-Unterkriterien 6.6.1 und 6.6.2 nicht gehalten, eine wertungsmäßige Aufschlüsselung in Bezug auf die betroffenen (Unter-)Unterkriterien vorzunehmen.

66 6. Die Zurückweisung des Antrags Ziff. 1, soweit er die Rüge 2.3 zum Unterkriterium 4.1 („Kosteneffizienter Netzbetrieb“) betrifft, hält der Berufung stand. Der Antrag der Klägerin ist insoweit unbegründet.

67 a) Ohne Erfolg wendet sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts, das Unterkriterium „Kosteneffizienter Netzbetrieb“ sei nicht aufgrund einer zu

geringen Gewichtung mit 40 Punkten, entsprechend 4% der Gesamtpunktzahl von 1000 Punkten, sachwidrig.

68 b) Das Landgericht hat ausgeführt, anders als die Klägerin meine, bestehe nicht per se ein Vorrang der Kosteneffizienz vor den übrigen energiewirtschaftlichen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG (vgl. Senat, Urt. 28.08.2019, 6 U 109/18 Kart, Rn. 171, 207). Dem Gesetzeswortlaut des § 1 Abs. 1 EnWG und des § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG lasse sich kein Rangverhältnis der einzelnen energiewirtschaftlichen Ziele untereinander entnehmen. Dem Wortlaut des § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG lasse sich allenfalls eine besondere Bedeutung der energiewirtschaftlichen Ziele der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz (letztere als Teil des energiewirtschaftlichen Ziels der Effizienz) – sei es jeweils für sich genommen oder als Kombination – entnehmen, soweit es um die Abwägung mit den bei der Auswahlentscheidung berücksichtigungsfähigen Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft gehe.

69 Etwas Anderes folge auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Zwar würden dort in der Begründung zu § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz als zentrale Ziele bezeichnet (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 15). In der Begründung zu § 46 Abs. 4 Satz 1 heiße es, dass durch die Formulierung in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG die besondere Bedeutung der Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz für die Allgemeinheit herausgestellt werde (vgl. BT-Drs. 18/8184). Ungeachtet dessen habe der Gesetzgeber auf eine gesetzliche Vorgabe zur zwingenden Gewichtung der einzelnen Kriterien gerade verzichtet und es stattdessen als sachgerecht angesehen, der Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum zu überlassen und die Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG durch die Praxis und die Auslegung durch die Rechtsprechung weiterhin zuzulassen (vgl. BT-Drs. 18/8184, vgl. Senat, Urt. 28.08.2019, 6 U 109/18 Kart, Rn. 171). Vor diesem Hintergrund spreche viel dafür, dass der Gesetzgeber mit dem Abstellen auf die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz lediglich in Erinnerung rufen wollte, dass diese beiden Ziele (ggf. auch) bei der Berücksichtigung der Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft nicht aus dem Blick geraten dürfen. Selbst wenn der Gesetzgeber gleichwohl dem Kriterium der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz (sei es je einzeln oder in Kombination) eine weitergehende besondere Bedeutung beimessen habe wollen, habe dies jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs des § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG keinen hinreichenden Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden.

70 Jedenfalls sei es im Streitfall nicht als den Ausgestaltungsspielraum der Gemeinde überschreitend sachwidrig anzusehen, dass die Beklagte dem Kriterium der Kosteneffizienz lediglich ein Gewicht von 4% beimesse. Insbesondere folge eine solche Sachwidrigkeit nicht daraus, dass die Beklagte Angelegenheiten der örtlichen

Gemeinschaft über Gebühr im Vergleich zur Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz – deren besondere Bedeutung unterstellt – gewichtet hätte. Die sichere Versorgung habe sie mit 250 Punkten, den kosteneffizienten Netzbetrieb mit 40 Punkten gewichtet. Damit überstiegen die beiden Kriterien zusammen genommen mit 290 Punkten das Kriterium 6 (Vertragliche Regelungen im Konzessionsvertrag) deutlich. Auch für sich genommen unterschreite eine Gewichtung der Kosteneffizienz mit 4% im Streitfall nicht den Spielraum – selbst in Ansehung einer (unterstellten) besonderen Bedeutung der Kosteneffizienz für sich genommen. Die Beklagte habe der Versorgungssicherheit mit 250 Punkten das größte Gewicht beigemessen. Dies sei nicht zu beanstanden. Es verstehe sich von selbst, dass eine hohe Versorgungssicherheit regelmäßig mit entsprechenden Kosten einhergehe. Es sei nichts dafür ersichtlich, dass nicht die hohe Gewichtung der Versorgungssicherheit als ebenfalls (unterstellt) besonderes Ziel, sondern eine Überbetonung der übrigen Ziele Grund für die Gewichtung der Kosteneffizienz mit lediglich mit 4% sei. Hinzu komme, dass die Beklagte die Preisgünstigkeit mit 150 Punkten gewichtet habe. Preisgünstigkeit und Kosteneffizienz seien zwar unterschiedliche Ziele und beträfen unterschiedliche Gesichtspunkte. Sie seien aber nicht überschneidungs-, insbesondere wechselwirkungsfrei. Ein preisgünstiges Angebot sei regelmäßig umso einfacher, je höher die Kosteneffizienz sei. Damit könne auch das verfolgte Ziel der Preisgünstigkeit mittelbar kostendämpfend wirken.

71 Aus der von der Klägerin angeführten Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 20. März 2018 (6 U 4/17 Kart, juris Rn. 86) ergebe sich für den Streitfall keine andere Beurteilung. Soweit dort eine Gewichtung des Effizienzkriteriums von 6,73% beanstandet worden sei, habe dies das Kriterium der effizienten Versorgung insgesamt betroffen, nicht allein die Kosteneffizienz als Unterkriterium. Zwar habe der erkennende Senat des brandenburgischen Oberlandesgerichts im weiteren Fortgang der Urteilsbegründung (aaO Rn. 88) eine Gewichtung der Kosteneffizienz von unter 10% als nicht sachgerecht gewertet. Dem lasse sich jedoch nicht entnehmen, dass er damit nicht lediglich einen Fall gemeint habe, in dem die Kosteneffizienz das einzige Effizienzkriterium sei, denn davor (aaO Rn. 87) habe er unter Bezugnahme auf seinen Beschluss vom 22. August 2017 (6 U 1/17, EnWZ 2017, 457 Rn. 113) angeführt, dass er eine Gewichtung des Kriteriums „Effizienz“ mit einem Gewicht von 10% als innerhalb des Beurteilungsspielraums liegend angesehen hat. In der in Bezug genommenen Entscheidung vom 22. August 2017 sei es um das Kriterium der Effizienz insgesamt gegangen, das dort in vier Unterkriterien untergliedert sei (vgl. EnWZ 2017, 457 Rn. 113). Damit ergebe sich aus der Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 20. März 2018 lediglich, dass eine Gewichtung der Kosteneffizienz mit unter 10%, wenn sie das einzige Effizienzkriterium darstelle, zu beanstanden sei.

72 Nach alledem teile die Kammer die Auffassung des LG Stuttgart (Urt. v. 05.07.2022, 51 O 130/22, Anlage ASt 2, S. 22; Urt. 11.08.2022, 35 O 63/22 KfH, S. 24 [unten], Anlage ASt 3), wonach eine Gewichtung der Kosteneffizienz mit 4% den Spielraum überschreitend sachwidrig sei, jedenfalls für den Streitfall nicht.

73 c) Dieser Begründung des Landgerichts unter zutreffender Auswertung der Gesetzesmaterialien sowie der Rechtsprechung des Senats, schließt sich der Senat an.

74 Soweit die Klägerin sich in ihrer Berufungsbegründung auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig vom 9. Dezember 2019 (Az. 16 U 73/19 Kart, Anlage BK 2) beruft, weil dort festgestellt werde, dass aus der gesonderten Erwähnung der Kosteneffizienz in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG „Anhalt für eine besondere Berücksichtigung“ dieses Aspektes folge, greift dies zu kurz. Diese Entscheidung erging vor dem Hintergrund, dass die dortigen Beklagten (u.a.) eine selbständige Bedeutung des Kriteriums der Effizienz gegenüber der Preisgünstigkeit in Abrede stellten. Das Oberlandesgericht Schleswig hat diesbezüglich ausgeführt „§ 1 Abs. 1 EnWG nennt sechs Ziele. Auch wenn aufgrund ihrer prominenten Stellung (und der nochmaligen Hervorhebung in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG) allein der Versorgungssicherheit ein herausragender Stellenwert zukommt, so müssen doch auch die weiteren Ziele ihrer Bedeutung nach angemessen berücksichtigt werden. Das gilt auch für die Effizienz, die – anders als es die Verfügungsbeklagten wollen – ein selbständiges und bedeutendes Ziel ist. Das ist schon § 1 Abs. 1 EnWG zu entnehmen, das die Effizienz nennt; es folgt auch aus dem Aufwand, den Gesetz und Verordnungen zur Steigerung des effizienten Wirtschaftens der gebietsmonopolistischen Netzbetreiber treiben. Die Effizienz betrifft entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten auch von der Preisgünstigkeit zu unterscheidende Ziele. Effizienz kann (und danach unterscheidet auch der Katalog der Verfügungsbeklagten) einmal als Kosteneffizienz und einmal als Energieeffizienz verstanden werden [...]“. Hieraus ergibt sich, dass das Oberlandesgericht Schleswig in seiner Entscheidung allein die eigenständige Bedeutung des Kriteriums der Effizienz im Verhältnis zu den übrigen Kriterien des § 1 Abs. 1 EnWG herausstellen, aber gerade nicht das von der Klägerin behauptete Erfordernis einer „besonderen Berücksichtigung“ aufstellen wollte. Hierfür sprechen auch die weiteren Ausführungen des Oberlandesgerichts Schleswig in der Folge: „Allerdings muss die Effizienz nicht, wie aber die Verfügungsklägerin will, annähernd gleich hoch wie die Versorgungssicherheit gewichtet werden. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8184, S. 13) soll den Gemeinden ungeachtet der Betonung der besonderen Bedeutung der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz für die Allgemeinheit ein weiter Spielraum bei der Gewichtung der

Ziele verbleiben und soll unter Verzicht auf gesetzliche Vorgaben die Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG und ihre Gewichtung der Praxis und der Auslegung durch die Rechtsprechung überlassen bleiben. Unter diesen Vorzeichen überzeugt es den Senat nicht, warum neben der Versorgungssicherheit der Kosteneffizienz ein vergleichsweise überragender Rang zukommen müsste, erst recht nicht einer, der (wie das OLG Brandenburg, Urteil vom 20. März 2018, 6 U 4117 Kart, Rn,88 erwägt, dann aber eine Gewichtung von nicht unter 10% für die Effizienz insgesamt billigt) dem Ziel der Versorgungssicherheit vergleichbar sein müsste.“ Hieraus ergibt sich, dass die Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig die Auffassung der Klägerin gerade nicht stützt, vielmehr der hier vertretenen Auffassung, dass kein Vorrang der Kosteneffizienz vor den übrigen energiewirtschaftlichen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG besteht, entspricht.

75 7. Ohne Erfolg wendet sich die Berufung gegen die Zurückweisung des Antrags Ziff. 1, soweit er die Rüge 2.40 zum Unter-Unterkriterium 3.1.1 („Erreichbarkeit für Netzkunden“) betrifft. Der Antrag ist insoweit unbegründet.

76 Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Rüge der Klägerin, die Ausgestaltung des Unter-Unterkriteriums 3.1.1 sei insoweit sachwidrig, als es die (positive) Wertung eines Kundenbüros vor Ort zulasse, obwohl dessen Kosten erkennbar insbesondere bei Gemeinden von der Größe der Beklagten außer Verhältnis zum Nutzen stünde, zumal ein Kundenbedürfnis für ein Kundenbüro nicht bestehe, nicht durchgreift.

77 a) Der Einwand der Beklagten, die Rüge mute rechtsmissbräuchlich an, greift nach den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts jedoch nicht durch. Dem Rechtsschutzbedürfnis und der Zulässigkeit der Rüge steht ein Rechtsmissbrauch bzw. die Verfolgung sachfremder Zwecke durch die Klägerin nicht entgegen. Einem beteiligten Interessenten, der nach der gesetzlichen Konzeption allein über Art und Umfang der erhobenen Rügen disponiert, steht es grundsätzlich frei, in parallelen Konzessionsvergabeverfahren, selbst bei gleicher Sachlage, unterschiedliche Rügen zu verfolgen, ohne sich allein dadurch dem Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs auszusetzen. Weitere Gründe für eine missbräuchliche Rechtsausübung sind nicht geltend gemacht und auch sonst nicht ersichtlich.

78 b) Ohne Verletzung des Rechts geht das Landgericht davon aus, dass der Umstand, dass die Beklagte die Wertung eines Kundenbüros als Kommunikationsweg in Unter-Unterkriterium 3.1.1 nicht von vornherein ausschließt, nach den oben referierten Maßstäben den Ausgestaltungsspielraum der Beklagten nicht überschreitet.

79 aa) Unter Ziffer C. III. 3.1.1 „Erreichbarkeit für Netzkunden“ des Verfahrensbriefes ist in Gestalt der Neufassung durch den 3. Verfahrensbrief hierzu Folgendes ausgeführt:

Der Bieter soll sein vorgesehenes Konzept für die Erreichbarkeit des Kundenservice für die bestehenden und künftigen Netzkunden (einschließlich von diesen beauftragten Dritten, z.B. Installateure) im Konzessionsgebiet während der Laufzeit des Konzessionsvertrages im Einzelnen plausibel und fundiert darlegen. Es soll dabei dargelegt werden, welche Kommunikationswege der Bieter für den Kontakt mit und die Information von Netzkunden im Konzessionsgebiet über alle netzrelevanten Themen anbietet und wann diese verfügbar sind. Erwartet wird eine plausible Darstellung nebst konkretem Konzept zur Umsetzung der vom Bieter dargestellten Maßnahmen.

Ziel der Gemeinde ist es, dass den Netzkunden im Konzessionsgebiet während der Laufzeit des Konzessionsvertrages möglichst vielfältige Kommunikationswege mit möglichst hoher Verfügbarkeit zur Verfügung stehen, um mit dem Bieter in Kontakt zu treten und sich möglichst umfassend über Netzthemen zu informieren sowie netzbezogene Angelegenheiten zu erledigen.

80 Bewertung: Es findet eine relativ-vergleichende Bewertung entsprechend den Erläuterungen unter obiger Ziff. C. II. 3. b. statt. Das Angebot, welches am meisten erwarten lässt, dass der Bieter während der Laufzeit des Konzessionsvertrages über ein ausdifferenziertes und fundiertes Konzept zum Kundenservice verfügt, welches die vielfältigsten Kommunikationswege mit der höchsten Verfügbarkeit für die Netzkunden im Konzessionsgebiet erwarten lässt, um mit dem Bieter in Kontakt zu treten und sich möglichst umfassend über Netzthemen zu informieren sowie netzbezogene Angelegenheiten zu erledigen, erhält die Höchstpunktzahl.

81 bb) Das Landgericht hat hierzu ausgeführt, soweit sich die Klägerin in der mündlichen Verhandlung auf den Standpunkt gestellt habe, ein Bedarf nach einem Kundenbüro sei niemals gegeben und würde im Übrigen nie die Kosten eines Kundenbüros im Vergleich zu vereinbarten Vorortterminen bei Kunden rechtfertigen, könne dem in dieser Verallgemeinerung schon deshalb nicht beigetreten werden, weil es stets auf die Umstände des Einzelfalls ankomme und die Planungshoheit der Gemeinden durch eine solche Verallgemeinerung unverhältnismäßig eingeschränkt würde. Ob Bestands- oder Neukunden voraussichtlich einen Bedarf nach einem Kundenbüro haben, falle damit grundsätzlich in den Ausgestaltungsspielraum der Gemeinden.

82 Zu berücksichtigen sei auch, dass die Beklagte im Streitfall gerade kein Kundenbüro vor Ort abfrage, sondern ein Kundenbüro, sei es vor Ort, sei es in der

Umgebung, lediglich nicht von vornherein ausschlieÙe. Anders als die Klägerin meine, begründe es je nach den Umständen des Einzelfalls einen Unterschied, ob ein Kundenbüro vor Ort positiv gefordert und mit einem ggf. hohen Gewicht bewertet werde oder ein Kundenbüro, sei es vor Ort, sei es in der Umgebung, als Kommunikationsweg nach den Ausschreibungsbedingungen bei der Bewertung der Erreichbarkeit des Kundenservices lediglich nicht von vornherein aus der Wertung ausgeschlossen werde, jedenfalls wenn man nicht den Standpunkt der Klägerin einnehme, dass ein Kundenbüro wegen angeblich fehlenden Bedarfs oder unverhältnismäßiger Kosten nie positiv gewertet werden dürfte.

83 Ein solcher Ausschluss sei im Rahmen des von der Beklagten gewählten grundsätzlich zulässigen Ideen- und Konzeptwettbewerb im Streitfall nicht geboten. Andernfalls wären von vornherein etwaige innovative Ideen eines Bieters ausgeschlossen, wie er ein herkömmlicherweise wirtschaftlich nicht zu rechtfertigendes Kundenbüro gleichwohl wirtschaftlich und zum Vorteil der Netzkunden im Netzbetrieb betreiben könne. Ein solcher Ausschluss widerspreche gerade einem Ideen- und Konzeptwettbewerb. Zur Vermeidung einer sachwidrigen, den Spielraum der Gemeinden überschreitenden Gewichtung genüge es regelmäßig, dass die Gemeinde wie im Streitfall von einer gesonderten Abfrage und Bewertung eines Kundenbüros vor Ort absehe. Dass die bloÙe Möglichkeit, ein Kundenbüro vor Ort als bei Unter-Unterkriterium 3.1.2 zu wertenden Kommunikationsweg anzubieten, in Ansehung der Vielzahl an denkbaren Kommunikationswegen zu einer Fehlgewichtung führt, sei nicht ersichtlich. Für alle Kommunikationswege zusammen gebe es maximal 30 Punkte (= 3% der Gesamtpunktzahl), für den angebotenen Online-Service nochmals maximal 20 Punkte (= 2% der Gesamtpunktzahl). Damit werde das Unterkriterium 3.1 „Kundenservice“ maximal mit 50 Punkten (= 5% der Gesamtpunktzahl) bewertet, wobei der Online-Service durch seine besondere Bewertung in Unterkriterium 3.1.2 höher als die anderen Kommunikationswege einschließlich eines Kundenbüros gewichtet werde. Das Kundenbüro werde mit jedem dieser anderen Kommunikationswege in 3.1.1 gleichgewichtet. Das übergeordnete Hauptkriterium 3. „Verbraucherfreundliche Versorgung“ werde mit 150 Punkten (= 15% der Gesamtpunktzahl) bewertet, so dass das Unter-Unterkriterium 3.1.1, bei dem ein Kundenbüro als einer von vielen Kommunikationswegen zum Tragen kommen könne, hierauf bezogenen lediglich ein Gewicht von 20% habe. Mit den vom Landgericht Stuttgart (Urt. v. 05.07.2022, 51 O 130/22, S. 20 f., Anlage Ast 2; Urt. v. 11.08.2022, 35 O 63/22 KfH, S. 23, Anlage Ast 3) entschiedenen Fällen in denen eine persönliche Anlaufstelle vor Ort gefordert bzw. ein Verbraucherservice in örtlicher Nähe sogar mit 70 von 200 für die Verbraucherfreundlichkeit insgesamt erzielbaren Punkten bewertet worden sei, sei der Streitfall nicht vergleichbar. Zwar könnten, wie die Klägerin im Termin zu

bedenken gegeben habe, in Konzessionsvergabeverfahren wenige Punkte über den Zuschlag entscheiden. Aufgrund der Vielschichtigkeit der in Betracht kommenden Konstellationen sei es jedoch nicht geboten, einen Kommunikationsweg, dessen Nutzen a priori zweifelhaft sein möge, von vornherein aus der Wertung für Kommunikationswege auszuschließen, zumal dann, wenn die Kommunikationswege wie im Streitfall geschehen gewichtet würden.

84 cc) Dieser zutreffenden Begründung des Landgerichts schließt sich der Senat an.

85 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urt. v. 28. August 2019, 6 U 109/18 Kart – juris Rn. 207) kann ein Kriterium eines Kundenservice in örtlicher Nähe durch eine ortsnahe Ansprechstelle dem energiewirtschaftsrechtlichen Ziel der Verbraucherfreundlichkeit Rechnung tragen (§ 46 Abs. 4 Satz 1, § 1 Abs. 1 EnWG), wobei die Gewichtung besonders die Anforderungen des örtlichen Netzgebietes berücksichtigt (§ 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG). Es ist deshalb grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die regionale Präsenz eines Kundenservice ein wertungsrelevantes Kriterium ist. Soweit die Klägerin kritisiert, der Bedarf für eine solche Ansprechstelle sei nur sehr gering und könne durch anderweitige Maßnahmen des Kundenservice wie Fernkommunikationsmittel aufgefangen werden, setzt sie ihre eigene Beurteilung an die Stelle der Auffassung der Gemeinde, welcher auch insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht. Die Klägerin zeigt demgegenüber nicht auf, dass die Annahme eines Bedarfs für eine solche Erreichbarkeit des Netzbetreibers vor Ort von vornherein fehlerhaft ist, weil der Grundlage entbehrend.

86 (2) Ohne Erfolg macht die Berufung geltend, das Landgericht habe sich nicht mit den von der Klägerin erstinstanzlich vorgetragenen Umständen des Einzelfalls auseinandergesetzt. Der von der Klägerin erstinstanzlich unter Bezugnahme auf die mit Anlage Ast 16 vorgelegte eidesstattliche Versicherung des Leiters „Netzanschluss [...]“, Standort [...], gehaltene Vortrag zum fehlenden Bedarf eines Kundenbüros betrifft gerade nicht den Streitfall als Einzelfall, sondern trifft lediglich verallgemeinernde Aussagen oder stellt eigene Bewertungen an (Hervorhebungen nur hier):

„Aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung gibt es nach meiner Erfahrung faktisch keinen Bedarf mehr für klassische Kundencenter; vor allem nicht bei kleineren Ortschaften. Auch ältere Kunden wenden sich in der Regel mittels schriftlicher oder telefonischer Anfragen (inkl. E-Mail/Telefax) an uns als Gasnetzbetreiber.“

„Nach meiner eigenen Erfahrung gab es in den letzten Jahren nur sehr wenige Kundenbesuche bei den [...]Standorten.“

„Falls überhaupt ein persönlicher Kontakt notwendig sein sollte, dann vorwiegend im Falle eines neuen Gasanschlusses (d.h. bei Neukunden).“

87 Es kommt aber rechtlich nicht darauf an, ob ein persönlicher Kontakt mit dem Kunden bzw. Interessenten notwendig ist, sondern allein darauf, ob die Kommune das Angebot einer solchen Kontaktmöglichkeit als einen positiven Aspekt eines Konzessionsvertrags bewerten darf. Aus dem erstinstanzlichen klägerischen Vortrag ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte, dass im Streitfall der Bedarf für ein (ohnehin nicht abgefragtes, sondern lediglich nicht ausgeschlossenes) Kundenbüro von vornherein ausgeschlossen werden kann, sodass eine Überschreitung des Ausgestaltungsspielraums durch die Gemeinde insoweit nicht ersichtlich ist. Gleiches gilt für das Vorbringen der Klägerin in der Berufungsbegründung – unabhängig von der Frage einer eventuellen Verspätung dieses Vortrags. Soweit die Klägerin nunmehr auf die als Anlage BK3 vorgelegte Umfrage der [...] GmbH verweist, ergeben sich aus dieser ebenfalls keine konkreten Anhaltspunkte für den hier zu entscheidenden Einzelfall. Im Übrigen hat diese Umfrage gemäß dem eigenen Vortrag der Klägerin ergeben, dass 7% der Befragten ein Kundenbüro vor Ort gegenüber allen anderen Kontaktmöglichkeiten präferieren, sodass die Behauptung der Klägerin zu einem angeblich „praktisch nicht mehr existierenden Bedarf“ für ein Kundenbüro gerade nicht gestützt wird, sondern lediglich auf einer gegenüber der Ansicht der Beklagten abweichenden Auffassung von der Bedeutungslosigkeit der Vorlieben dieser Kunden bzw. Interessenten beruht.

88 (3) Soweit die Klägerin anführt, der Aufwand eines Kundenbüros sei unverhältnismäßig, führt dies nicht zum Erfolg der Berufung. Denn auf Grund der Gestaltung als Ideen- und Konzeptwettbewerb und mangels Abfrage eines Kundenbüros steht es ihr frei, ein Konzept für die Kundenerreichbarkeit ohne Kundenbüro anzubieten. Dass sie in diesem Fall die beste Bewertung von vornherein nicht erhalten kann, nur weil das beanstandete Unter-Unterkriterium die Bewertung eines Kundenbüros nicht ausschließt, zeigt die Klägerin, wie das Landgericht zutreffend ausführt, nicht auf und ist auch nicht anderweitig ersichtlich. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, warum, wie die Klägerin behauptet, ein Bieter nur deswegen mehr Punkte erhalten soll, weil er als weiteren Kommunikationsweg ein Kundenbüro anbietet. Soweit der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung darauf verwiesen hat, die Beklagte habe im 3. Verfahrensbrief mitgeteilt, sie werde das Angebot eines Kundenbüros in jedem Fall positiv bewerten, lässt sich dies den vom Klägervertreter in Bezug genommenen Ausführungen nicht entnehmen. Vielmehr lauten die Ausführungen der Beklagten im 3. Verfahrensbrief (Anlage AST 11, Seite 70) zur hier gegenständlichen Rüge wie folgt:

„Im Übrigen wird der Rüge nicht abgeholfen. Es obliegt den Bietern, zu entscheiden, welche Kommunikationswege sie anbieten möchten und können. Es handelt sich um

einen Konzeptwettbewerb, dem die Gemeinde nicht vorgreifen möchte, indem sie bestimmte Kommunikationswege ausschließt.

Im Übrigen wäre auch die Berücksichtigung von möglicherweise angebotenen Kundenanlaufstellen von Rechts wegen nicht ausgeschlossen. Es wäre sogar grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die regionale Präsenz eines Kundenservice ein eigenes wertungsrelevantes Kriterium ist. Die Abfrage eines Kundenbüros ist eine verbraucherfreundliche Maßnahme, die als Auswahlkriterium sachgerecht und anerkannt ist (BGHZ 199, 289 Rn. 90 – Stromnetz Berkenthin; OLG Stuttgart BeckRS 2019, 14361 Rn. 127; OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 25942 Rn. 148). Soweit einzelne Bieter bereits über Kundenanlaufstellen verfügen, steht es anderen Bietern ohne Weiteres frei, eine solche Kundenanlaufstelle zu installieren und dies in ihrem Angebot vorzusehen. Soweit ein Bieter im Vorteil sein sollte, dass er vorhandene Kundencenter auch für weitere Konzessionsgebiete nutzen und als Kontaktweg anbieten kann, ist es nicht Aufgabe der Kommune, etwaige strukturelle Vor- oder Nachteile der Bieter zu nivellieren oder auszugleichen (OLG München, Urt. v. 26.01.2023, Az. 29 U 1970/22 Kart, S. 18).“

89 Nach dem Verständnis des Senats bringt die Beklagte im ersten Absatz zum Ausdruck, dass sie den Bietern die anzubietenden Kommunikationswege nicht vorgeben und daher „bestimmte Kommunikationswege“ – also das Kundenbüro, aber auch andere denkbare Kommunikationswege – nicht ausschließen möchte. Im zweiten Absatz folgt sodann ein Verweis auf oberlandesgerichtliche Rechtsprechung, mit dem aber gerade nicht zum Ausdruck gebracht wird, dass die Beklagte das Angebot von Kundenbüros zwingend positiv zu bewerten beabsichtigt; vielmehr soll hierdurch lediglich verdeutlicht werden, dass die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung nach Auffassung der Beklagten die Berücksichtigung von Kundenanlaufstellen bei der Bewertung grundsätzlich zulasse.

90 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 91 ZPO. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht veranlasst (§ 542 Abs. 2 ZPO).

Zitiervorschlag:

OLG Karlsruhe Urt. v. 11.12.2024 – 6 U 6/24, BeckRS 2024, 40490

© Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG 2025