

OLG Karlsruhe

Urteil

vom 28.08.2024

6 U 12/24

EnWG §§ 46, 47; GWB § 19

Führt die Gemeinde das Konzessionsvergabeverfahren (auch) in Bezug auf den von den Bieter vorzulegenden Konzessionsvertragsentwurf als offenen Ideen- und Konzeptwettbewerb durch, können ihre Planungshoheit und ihr Recht zur Konkretisierung der energiewirtschaftlichen Ziele es rechtfertigen, bei der Auswahl des Netzbetreibers vertragliche Zusagen der Bieter bei der Bewertung der Auswahlkriterien zu berücksichtigen, ohne dies vorab mitzuteilen.*)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.02.2025 - 6 U 12/24

vorhergehend:

LG Mannheim, 01.02.2024 - 22 O 42/23

Tenor

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 1. Februar 2024, 22 O 42/23, wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten der Berufung einschließlich der Kosten der Streithelferin der Verfügungsbeklagten fallen der Verfügungsklägerin zur Last.

Gründe

I.

Die Parteien streiten im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens über die Rechtmäßigkeit eines Konzessionsvergabeverfahrens.

Die Verfügungsklägerin (fortan: Klägerin) ist eine Verteilnetzbetreiberin in Südbaden und aktuelle Betreiberin des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet der Verfügbungsbeklagten (fortan: Beklagten).

Die Klägerin ist Bieterin in dem von der Beklagten durchgeführten Stromkonzessionsverfahren zur Neuvergabe der Wegenutzungsrechte für den Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet der Beklagten. Auf die Anzeige der Beklagten im Bundesanzeiger hin bekundete neben der Klägerin auch die Streithelferin ihr Interesse am Abschluss eines neuen Stromkonzessionsvertrags.

Im 1. Verfahrensbrief vom 09.08.2018 teilte die Beklagte der Klägerin und der Streithelferin die Verfahrensbedingungen sowie sämtliche Eignungskriterien (inklusive der Mindestanforderungen und der Auswahlkriterien nebst deren jeweiliger Gewichtung) mit (Anlage AS 1). Die Auswahlkriterien sowie deren Gewichtung sind in einem Kriterienkatalog (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief) wie folgt festgelegt:

[Von Darstellung wird abgesehen]

In der Vorbemerkung zum Kriterienkatalog heißt es zudem:

Damit bei den jeweiligen Kriterien ein Erfüllungsgrad festgestellt werden und in seiner jeweiligen Ausprägung zu den korrespondierenden Wertungspunkten führen kann, ist es erforderlich, dass die Aussagen des Bieters aus Sicht der Vergabestelle nachvollziehbar und plausibel sind. Mangelt es schon an Nachvollziehbarkeit oder Plausibilität, so ist es in der Folge irrelevant, was der Bieter in Aussicht stellt; es werden keine Wertungspunkte vergeben.

Unter B. 4. des 1. Verfahrensbriefes heißt es:

Die Bieter haben dem Angebot ein verbindliches, schriftliches Konzessionsvertragsangebot beizufügen, das die unter B.II.2 dargestellten Mindestanforderungen erfüllt.

Für die Bewertung sind ausschließlich die Auswahlkriterien gemäß Ziff. III des als Anlage 1 beigefügten Kriterienkataloges ausschlaggebend.

Die absolute Bewertung der Angebote erfolgt nach den Erläuterungen im 1. Verfahrensbrief unter C. wie folgt:

Die Gemeinde wertet die form- und fristgerecht eingegangenen vollständigen und

verbindlichen Angebote geeigneter Bieter, die die Mindestanforderungen erfüllen, anhand der in der Anlage 1 unter Ziff. III dargestellten gewichteten Auswahlkriterien nebst Erläuterungen und Wertungsstufen aus.

Dabei wird eine Auswertung des jeweiligen Angebotes je Kriterium anhand der zum Kriterium jeweils gegebenen Erläuterungen und Zielsetzung vorgenommen. Anhand der jeweils vorgesehenen Wertungsstufen wird sodann der Erfüllungsgrad bestimmt und dadurch die erreichte Wertungspunktzahl ermittelt. Die danach beim jeweiligen Kriterium erreichte Wertungspunktzahl wird mit der in der Tabelle am Anfang des Kriterienkataloges für das entsprechende Kriterium angegebenen Punktzahl (Kriteriumspunktzahl) multipliziert und durch die beim jeweiligen Kriterium höchstmöglich zu vergebende Wertungspunktzahl laut Wertungsskala dividiert. Als Formel lässt sich dies wie folgt darstellen:

Erreichte Wertungspunktzahl x Maximal erreichbare Kriteriumspunktzahl / Maximal erreichbare Wertungspunktzahl = P

Daraus ergibt sich die beim jeweiligen Kriterium erreichte Punktzahl (P). Diese wird nach kaufmännischen Regeln (DIN 1333) auf zwei Nachkommastellen gerundet. Nach Auswertung des jeweiligen Angebotes anhand sämtlicher Kriterien werden die bei den Kriterien erreichten gerundeten Punktzahlen addiert. Das Ergebnis dieser Addition stellt die insgesamt erreichte Punktzahl dar und dient als Entscheidungsgrundlage für die Auswahlentscheidung.

Die Wertungsstufen für die Unterkriterien der Kriterien Nr. 1 "Sichere Versorgung", Nr. 3 "Verbraucherfreundlichkeit", Nr. 4 "Effizienz" und Nr. 5 "Umweltverträglichkeit" werden in den Erläuterungen zum Kriterienkatalog wie folgt dargestellt:

[Von Darstellung wird abgesehen]

In den Erläuterungen zu den Auswahlkriterien heißt es zu zum Unterkriterium 2.1 ("Netznutzungsentgelte") u.a. wie folgt:

Zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote haben die Bieter bei der Erstellung der Prognose folgende Prämissen zu beachten:

☒ Regulierungsrahmen: Es ist der Regulierungs- und Kalkulationsrahmen gemäß ARegV und StromNEV mit Stand zum Datum des Verfahrensbriefes zugrunde zu legen.

In der Anlage zum 1. Verfahrensbrief heißt es weiter u.a.:

An Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der Berechnungen, die notwendigen Bedingungen zur Erlangung von Wertungspunkten, werden sehr strenge Maßstäbe angelegt: Herkunft und Bedeutung jeder einzelnen, relevanten Zahl oder Zahlenreihe müssen für einen sachkundigen Dritten zweifelsfrei erkennbar sein. Im Zweifel sind Belege beizufügen.

Im 2. Verfahrensbrief vom 28.08.2018 (Anlage AS 2) teilte die Beklagte mit, "dass die Prognose ausschließlich unter Verwendung der vom bisherigen Konzessionär zur Verfügung gestellten Netzdaten hinsichtlich des Netzes im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet und unter Beachtung der im Kriterienkatalog (Anlage 1 zum ersten Verfahrensbrief) vorgegebenen Prämissen erstellt wurde."

Im 4. Verfahrensbrief vom 20.09.2018 (Anlage AS 2) beantwortete die Beklagte die Rückfrage des Bieters 1, ob bei der Ermittlung der Erlösobergrenze die Inhalte aus einem derzeit von der Bundesnetzagentur durchgeföhrten Anhörungsverfahren zur Anpassung der kalenderjährlischen Erlösobergrenze zu berücksichtigen seien, oder ob auf die aktuell genehmigte Erlösobergrenze als Grundlage abzustellen sei, wie folgt:

Es ist für das Bestandsnetz des jeweiligen Bieters auf die aktuell genehmigte Erlösobergrenze (2. Regulierungsperiode) als Grundlage abzustellen.

Ihre Angebote zum Abschluss eines neuen Stromkonzessionsvertrags reichten die Streithelferin unter dem 18.10.2018 und die Klägerin unter dem 19.10.2018 ein (Anlage AS 3 und AS 16).

In der Gemeinderatssitzung vom 2. Mai 2019 (Anlage AS 5) entschied die Beklagte, den Zuschlag dem Angebot der Streithelferin zu erteilen. Grundlage der Entscheidung über die Vergabe der Stromkonzession bildete der von der beratenden Rechtsanwaltskanzlei erstellte Vermerk über die Bewertung der verbindlichen Angebote (Anlage AS 17, nachfolgend auch "Auswertungsvermerk"). Nach dem Auswertungsvermerk erreichte die Klägerin in dem streitgegenständlichen Konzessionsverfahren insgesamt 87,33 Punkte, die Streithelferin 91,00 Punkte. Mit Schreiben vom 28. Mai 2019 (Anlage AS 7) teilte die Beklagte der Klägerin ihre Auswahlentscheidung zugunsten der Streithelferin und die Höhe der insgesamt vergebenen Punkte an beide Bewerber mit.

Mit Schreiben vom 28. Mai 2019 beantragte die Klägerin Einsicht in die Verfahrensakten der verfahrensleitenden Stelle (Anlage AS 8). Die daraufhin von der Beklagten übersandten Akten enthielten die teilweise geschwärzten Angebotsunterlagen der Streithelferin. Auf dieser Grundlage er hob die Klägerin mit Schreiben vom 11. Juli 2019, der

verfahrensleitenden Stelle per E-Mail und per Post am selben Tag zugegangen, mehrere Rügen. Zugleich forderte die Klägerin die verfahrensleitende Stelle auf, ihrem Antrag auf Akteneinsicht vollständig nachzukommen. Mit Schreiben vom 9. September 2019 teilte die verfahrensleitende Stelle der Klägerin mit, dass sie den Antrag auf vollständige Akteneinsicht als verfristet und unbegründet ablehne sowie sämtliche Rügen zurückweise. Dieses Schreiben ging der Klägerin per Fax am 10. September 2019 zu.

Dagegen wandte sich die Klägerin mit ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der sie einstweilen den Abschluss eines Konzessionsvertrags mit der Streithelferin verhindern wollte. Mit Urteil des Landgerichts Mannheim, Az.: 14 O 167/19, wurde der Beklagten - unter Androhung von Ordnungsmitteln - untersagt, einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes mit der Streithelferin abzuschließen bis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über das Akteneinsichtsgesuch der hiesigen Klägerin entschieden würde (Anlage AS 9). Mit Urteil des Senats vom 5. Juli 2021, Az.: 6 U 101/20, wurde die Berufung der Streithelferin zurückgewiesen.

Die Beklagte gewährte der Klägerin am 22. Februar 2023 ordnungsgemäß Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 23. März 2023 erhob die Klägerin zahlreiche Rügen gegen die Auswahlentscheidung der Beklagten (Anlage AS 11). Unter anderem machte sie in Bezug auf die Unterkriterien 1.1 ("Investitionskonzept"), 1.2 ("Versorgungsunterbrechung"), 1.4 ("Interventionszeiten"), 1.5 ("Erdverkabelung"), 3.5 ("Verbraucherinformation zu Baumaßnahmen"), 4.1 ("Regulatorische Effizienzwerte") und 5.3 ("Bauverfahren") geltend, die Auswahlentscheidung der Beklagten sei im Hinblick darauf evident rechtswidrig, dass die Beklagte im Wege der Einbeziehung der Regelungen des jeweiligen Konzessionsvertragsentwurfs in die Bewertung der Angebote unter Verstoß gegen das Transparenzgebot ein ganz offensichtlich nicht vom Kriterienkatalog umfasstes Wertungskriterium herangezogen habe.

Mit Nichtabhilfeentscheidung vom 9. November 2023, der Beklagten per E-Mail am selben Tag bekanntgemacht, half die Beklagten den Rügen der Klägerin gegen die Auswahlentscheidung nicht ab (Anlage AS 12). Zu der Rüge der Klägerin bezüglich der Einbeziehung der Regelungen des jeweiligen Konzessionsvertragsentwurfs in die Bewertung der Angebote führte sie aus, nach den jeweiligen Vorgaben des Kriterienkataloges komme es zum einen darauf an, ob die Ausführungen des Bieters plausibel seien und fundiert auf sämtliche von der Gemeinde vorgegebenen Aspekte eingehen würden. Sei dies der Fall, komme es zum anderen darauf an, inwieweit die Ausführungen die Erfüllung des gemeindlichen Ziels erwarten lassen würden. Bei der Beurteilung, ob diese Zielerfüllung "noch möglich", "wahrscheinlich" oder "in besonderem

Maße gewährleistet" sei, komme es letztlich auf eine Gesamtbetrachtung der jeweiligen Angebotsinhalte an. Dabei sei es entgegen der Rüge nicht sachwidrig, auch die Verbindlichkeit und Qualität der rechtlichen Absicherung der jeweiligen Angebotsaussagen miteinzubeziehen. Das liege insbesondere bei der Frage nahe, ob die Zielerfüllung in "besonderem Maße gewährleistet" sei, was anzunehmen sei, wenn die Maßnahmen, die zur Erreichung des Ziels vorgesehen seien, durch entsprechende vertragliche Regelungen garantiert und zudem mit Sanktionsrechten bewehrt würden. Nachfolgend schloss die Beklagte keinen Konzessionsvertrag mit der Streithelferin.

Am 23. November 2023 ging beim Landgericht Mannheim der Antrag der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ein, mit der sie einstweilen begehrte, der Beklagten den Abschluss eines Konzessionsvertrags mit der Streithelferin zu untersagen. Der Antrag wurde der Beklagten am 29. November 2023 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2023 trat die Streithelferin dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten bei.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklage habe den von ihr selbst gesetzten Plausibilitätsmaßstab bei der Bewertung des Angebots der Streithelferin zum Unterkriterium 2.1 ("Netznutzungsentgelte") in sämtlichen drei Unter-Unterkriterien 2.1.1 bis 2.1.3 ("Abnahmefall Haushaltskunde", "Abnahmefall Gewerbekunde", "Abnahmefall Industriekunde") ohne sachlichen Grund nicht zur Anwendung gebracht. Die Entgeltprognose der Streithelferin fuße entgegen den Vorgaben im 4. Verfahrensbrief nicht auf der aktuell genehmigten Erlösobergrenze (2. Regulierungsperiode). Statt als Ausgangsniveau den Wert von 68.370.799 Euro zugrunde zu legen, hätte sie gemäß Veröffentlichung der Bundesnetzagentur in der sog. ARegV31Tabelle (Anlage AS 13), Reiter "Datentabelle", den Wert von 71.289.903 Euro zugrunde legen müssen. Die Streithelferin habe weiter einen falschen Wert von 400.000 Euro für die notwendigen Entflechtungskosten angesetzt. Sie habe einen Anschluss des betroffenen Netzgebietes direkt ab Umspannwerk angenommen, obwohl es zwingend einer Anschlussleitung in das nächste Umspannwerk außerhalb des Netzgebietes bedürfe, was mit Kosten von rund 1 Mio. Euro verbunden sei.

Mit der Einbeziehung der Regelungen des jeweiligen Konzessionsvertragsentwurfs bei der Bewertung der Angebote zu den Unterkriterien der Gruppe A (1.1 ("Investitionskonzept"), 1.2 ("Versorgungsunterbrechung"), 1.4 ("Interventionszeiten"), 1.5 ("Erdverkabelung"), 3.5 ("Verbraucherinformation zu Baumaßnahmen"), 4.1 ("Regulatorische Effizienzwerte") und 5.3 ("Bauverfahren")) habe die Beklagte sich sachgrundlos und damit willkürlich sowie unter Verletzung des Transparenzgebots über die von ihr selbst aufgestellten Bewertungsmaßstäbe gemäß dem Kriterienkatalog hinweggesetzt. An keiner Stelle im Kriterienkatalog werde ausgeführt, dass die vertragliche Ausgestaltung für die Bewertung des jeweiligen Erfüllungsgrades der genannten Unterkriterien der Auswahlkriterien der

Gruppe A relevant sein würde. Selbst in dem Fall, dass die Konzessionsvertragsentwürfe bei der Bewertung der genannten Unterkriterien zu berücksichtigen gewesen wären, habe die Beklagte in Bezug auf das Angebot der Klägerin zudem unzutreffend unterstellt, dass das Angebot der Klägerin keine hinreichend konkreten vertraglichen Zusagen enthielte.

Die Auswahlentscheidung der Beklagten sei zudem im Hinblick auf eine Vielzahl von Unterkriterien mit weiteren offenkundigen Beurteilungsfehlern behaftet und damit rechtswidrig. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Angebot der Klägerin ohne die gerügten Rechtsverstöße in der Summe 98,33 Punkte und das Angebot der Streithelferin in der Summe (ohne Berücksichtigung des Fehlers bzgl. des Unterkriteriums 2.1) 85,34 bzw. (mit Berücksichtigung des Fehlers bzgl. des Unterkriteriums 2.1) 68,67 Punkte erhalten hätte und mithin das Angebot der Klägerin das Angebot der Streithelferin in der Rangfolge überholen würde.

Die Klägerin hat in erster Instanz zuletzt beantragt:

1. Der Verfügungsbeklagten wird im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, den durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger am 22.12.2016 ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilernetzes der allgemeinen Versorgung für das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten abzuschließen, bis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Auswahl eines Bieters entschieden worden ist.
2. Hilfsweise festzustellen, dass der Stromkonzessionsvertrag, den die Beklagten mit der Streithelferin (etwa) bereits geschlossen hat, nichtig ist.
3. Es wird festgestellt, dass die Auswahlentscheidung der Beklagten in dem Stromkonzessionsverfahren der Gemeinde [...] gemäß Beschluss des Gemeinderates vom 2. Mai 2019 rechtswidrig und unwirksam ist.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, das Stromkonzessionsverfahren der Gemeinde [...] (unter Aufhebung des Beschlusses des Gemeinderates vom 2. Mai 2019) fortzusetzen. Hilfsweise hierzu, das Stromkonzessionierungsverfahren der Gemeinde [...] (unter Aufhebung des Beschlusses des Gemeinderates vom 2. Mai 2019) zu wiederholen.
5. Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot (vorstehend Ziffer 1.) ein Ordnungsgeld in Höhe von EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, angedroht.

Die Beklagte und die Streithelferin haben beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Beklage und die Streithelferin haben geltend gemacht, die Anträge Ziff. 1 bis 5 seien unzulässig, da sie nicht auf eine einstweilige Anordnung durch das Gericht gerichtet seien und die Hauptsache vorwiegend nähmen. Außerdem seien die Anträge 1., 2. und 4. zu unbestimmt, da sie keinen Bezug auf konkrete Rügen nähmen und ihr Verhältnis zueinander unklar sei. Den Feststellungsanträgen Ziff. 2 und 3 fehle das Feststellungsinteresse der Klägerin. Dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung stehe die Rechtskraft aus den Urteilen des Landgerichts Mannheim vom 4. März 2020 (14 O 167/19 Kart) und des Senats vom 5. Juli 2021 (6 U 101/20) entgegen. Die Anträge seien auch unbegründet. Die behaupteten Rechtsverletzungen der Beklagten seien für die Klägerin bereits im Rahmen des ersten Akteneinsichtsgesuchs erkennbar gewesen, weshalb die Klägerin diese schon 2019 erhoben habe. Sie seien nunmehr präklidiert, im Übrigen aber auch nicht substantiiert dargelegt sowie nicht glaubhaft gemacht. Die Beklagte habe ein rechtmäßiges, den maßgeblichen Anforderungen aus dem Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot genügendes Auswahlverfahren durchgeführt.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen aller Feststellungen und Einzelheiten ergänzend Bezug genommen wird, hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Die Klägerin habe sämtliche Rügen zwar innerhalb der Frist des § 47 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG erhoben und der Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stehe auch nicht die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Mannheim, Az.: 14 O 167/19, entgegen. Die mit den Anträgen Ziff. 2 und Ziff. 3 verfolgten Feststellungsbegehren der Klägerin seien jedoch bereits unzulässig, da im einstweiligen Verfügungsverfahren eine (jedenfalls uneingeschränkt) in Rechtskraft erwachsende und damit verbindliche Feststellung nicht erwirkt werden könne. Bezüglich Antrag Ziff. 4 sei kein Rechtsschutzinteresse erkennbar. Antrag Ziff. 1 sei zwar zulässig, aber unbegründet, da der Klägerin ein Verfügungsanspruch i. S. v. § 935 ZPO, der auf § 33 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 46, 47 Abs. 6 EnWG GWB beruhen könnte, nicht zustehe. Die Beanstandungen der Klägerin in ihrem Rügeschreiben (unter Beibehaltung der Gliederung der in der Antragsschrift verfolgten Rügen) betreffend:

2.

a) Nichtberücksichtigung des Plausibilitätsmaßstabes bei Bewertung des Angebots der Streithelferin zu Unterkriterium 2.1 ("Netznutzungsentgelte") in sämtlichen drei Unter-

Unterkriterien 2.1.1 bis 2.1.3 ("Abnahmefall Haushaltskunde", "Abnahmefall Gewerbekunde", "Abnahmefall Industriekunde")

b) Rechtswidrige Einbeziehung der Regelungen des jeweiligen Konzessionsvertragsentwurfs in die Bewertung von Unterkriterien der Gruppe A (1.1 ("Investitionskonzept"), 1.2 ("Versorgungsunterbrechung"), 1.4 ("Interventionszeiten"), 1.5 ("Erdverkabelung"), 3.5 ("Verbraucherinformation zu Baumaßnahmen"), 4.1 ("Regulatorische Effizienzwerte") und 5.3 ("Bauverfahren")).

3.

a) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 1.1 des Kriterienkataloges ("Investitionskonzept") - Fehlerhafte Punktevergabe zulasten der Klägerin

b) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 1.2 des Kriterienkataloges ("Versorgungsunterbrechungen") - Fehlerhafte Punktevergabe zulasten der Klägerin

c) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 1.4 des Kriterienkataloges ("Interventionszeiten") - Fehlerhafte Punktevergabe an die Streithelferin

d) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 1.5 des Kriterienkataloges ("Erdverkabelung") - Fehlerhafte Punktevergabe zulasten der Klägerin

e) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 1.5 des Kriterienkataloges ("Erdverkabelung") - Fehlerhafte Punktevergabe an die Streithelferin

f) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Kriterium 2.2 des Kriterienkataloges ("Netzanschlusskosten") - Fehlerhafte Punktevergabe an die Streithelferin und an die Klägerin

g) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 3.2 des Kriterienkataloges ("Verbraucherservice zu verbraucherfreundlichen Öffnungszeiten") - Fehlerhafte Punktevergabe zulasten der Klägerin

h) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 3.5 des Kriterienkataloges ("Verbraucherinformation zu Baumaßnahmen") - Fehlerhafte Punktevergabe zulasten der Klägerin

i) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 4.1 des Kriterienkataloges ("Regulatorische Effizienzwerte") - fehlerhafte Punktevergabe an die Streithelferin

j) Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung im Hinblick auf das Unterkriterium 5.3 des Kriterienkataloges ("Bauverfahren") - Fehlerhafte Punktevergabe zulasten der Klägerin

seien unbegründet. Es sei sachgerecht im Rahmen der Gesamtbetrachtung der Angebotsinhalte zu den jeweiligen Kriterien vertragliche Regelungen bei der Beurteilung, ob ein bestimmter Zielerfüllungsgrad gegeben ist, miteinzubeziehen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie nur noch die erstinstanzlich mit den Hauptanträgen Ziff. 1 und 5 verfolgten Begehren weiterverfolgt. Sie macht geltend, das Urteil des Landgerichts beruhe auf zahlreichen Rechtsverletzungen. Das Landgericht habe in Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 33 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 46 EnWG verkannt, dass die Beklagte in unzulässiger Weise vertragliche Zusagen/Regelungen aus dem Konzessionsvertragsentwurf der Bieter in die Angebotsbewertung gemäß den Unterkriterien 1.1, 1.2, 1.4, 1.5, 2.2, 3.5, 4.1 und 5.3 der Gruppe A der Anlage zum 1. Verfahrensbrief mit einbezogen habe, obwohl eine Berücksichtigung von vertraglichen Zusagen/Regelungen bei den Auswahlkriterien dieser Gruppe gerade nicht vorgesehen gewesen sei. Zudem habe das Landgericht rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Beklagte schon bei Zugrundelegung des unstreitigen Sachverhalts gegen den von ihr selbst aufgestellten Plausibilitätsmaßstab in Bezug auf die Bewertung des Unterkriteriums 2.1 ("Netznutzungsentgelte") verstoßen habe, indem die Verfügungsbeklagte einen - nach Auffassung der Klägerin unstreitig - unzutreffenden Ausgangswert in der Netzentgeltprognose der Streithelferin ungeprüft hingenommen habe. Weiter habe das Erstgericht bei der Bewertung des Unterkriteriums 2.1 ("Netznutzungsentgelte") auch gegen das Diskriminierungsverbot aus §§ 33 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 46 EnWG verstoßen, indem es außer Acht gelassen habe, dass die Beklagte offenkundige - und unstreitige - Widersprüche im Angebot der Streithelferin im Rahmen der Angebotsbewertung unberücksichtigt gelassen habe. Das Erstgericht habe dabei verkannt, dass das Angebot der Streithelferin in sich widersprüchlich sei, wenn dort nämlich einerseits im Rahmen der Netznutzungsentgeltprognose ein Anschluss direkt ab Umspannwerk angenommen werde, andererseits aber kein einziger Euro für die damit zwingend erforderliche Anschlussleitung an das nächste Umspannwerk in die Berechnungen des Investitionskonzepts eingestellt werde.

Die Klägerin beantragt,

1. Das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 01.02.2024, Az. 22 O 42/23, wird aufgehoben.
2. Der Verfügungsbeklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend nur noch "Verfügungsbeklagte") wird im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, den durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger am 22.12.2016 ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilernetzes der allgemeinen Versorgung für das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten abzuschließen, bis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Auswahl eines Bieters entschieden worden ist.
3. Der Verfügungsbeklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot (vorstehend Ziff. 2) ein Ordnungsgeld in Höhe von EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, angedroht.

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte und die Streithelferin verteidigen das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Die Berufung genüge den Begründungsanforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO nicht und sei daher bereits unzulässig. Die Berufungsklägerin verfolge in der Berufungsinstanz lediglich den erstinstanzlichen und unbestimmten Hauptantrag weiter und trage zudem einzig zu drei erstinstanzlich streitgegenständlichen Rügen und deren Beurteilung durch das Landgericht Mannheim vor. Das Landgericht habe die Rechtsprechung zu den Transparenzanforderungen an die Angebotsauswertung korrekt auf das Auswahlverfahren der Berufungsbeklagten angewendet sowie zu Recht auf die unzureichende Glaubhaftmachung des vermeintlich falschen EOG-Werts für die Netzentgeltpрогнose der Streithelferin und die vermeintlich erforderlichen Entflechtungskosten abgestellt. Darüber hinaus seien die Rügen gegen die Wertung der vertraglichen Zusagen und gegen die Wertung der Netzentgeltpрогнose der Streithelferin auch im Übrigen unbegründet. Bei den streitgegenständlichen Kriterien handle es sich um einen Konzeptwettbewerb, bei dem es nicht erforderlich sei, dass sämtliche bei der Bewertung zum Tragen kommenden Aspekte und Erwägungen bereits im Vorhinein benannt würden. Es sei Wesen des

Konzeptwettbewerbs, dass die Bieter aufgerufen seien, Ideen zu entwickeln und Maßnahmen in ihrem Angebot zu unterbreiten, die die Sicherstellung des mit dem jeweiligen Kriterium zu erreichenden Ziels gewährleisteten. Das bringt es mit sich, dass solche Maßnahmen, die die Gewährleistung des vorgegebenen Ziels fördern und sicherstellen, auch der Bewertung unterliegen würden. Sie seien Teil des angebotenen Konzepts, was auch für rechtliche Maßnahmen, wie beispielsweise die hier streitgegenständlichen vertraglichen Zusagen und Sicherungsmittel, gelte. Auch insoweit handle es sich um materielle Aspekte des Konzeptes, die der vom Kriterium vorgegebenen Zielerfüllung dienten. Zudem seien die geltend gemachten angeblichen Rechtsverletzungen bereits nicht kausal für die Auswahlentscheidung, sodass auch die Erheblichkeit vermeintlicher Fehlanwendungen materiellen und prozessualen Rechts durch das Landgericht ausscheide. Dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stünden schließlich weiterhin die bereits eingetretene Rechtskraft und Präklusion entgegen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 28. August 2024 verwiesen.

II.

Die nur teilweise zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die Beklagte hat die Klägerin in dem Verfahren nach §§ 46 f. EnWG nicht unbillig behindert.

1. Die Berufung ist bereits nur teilweise zulässig. Die Berufungsbegründung ist nur insoweit genügend, als sie eine fehlerhafte Rechtsanwendung des Landgerichts bei der Beurteilung der Rügen der Beklagten bezüglich

- der nach Auffassung der Beklagten unzulässiger Weise erfolgten Berücksichtigung von vertraglichen Zusagen/Reglungen bei der Bewertung der Angebote zu den Unterkriterien 1.1, 1.2, 1.4, 1.5, 2.2, 3.5, 4.1 und 5.3 (vorstehend wiedergegeben unter 2 b)) und

- des von der Klägerin angenommenen Verstoßes der Beklagten gegen ihren eigenen Plausibilitätsmaßstab (unzutreffende Erlösobergrenze) und das Diskriminierungsverbot (unberücksichtigte Widersprüche bei Entflechtungskosten) bei der Bewertung des Unterkriteriums 2.1 ("Netznutzungsentgelte") (vorstehend wiedergegeben unter 2 a))

beanstandet.

Soweit die Berufung sich gemäß den Ausführungen der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 5. August 2024 und den Erläuterungen ihrer Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung vom 25. August 2024 auch auf die weiteren erstinstanzlich geltend gemachten, vorstehend unter 3 a) bis 3 j) dargestellten Rügen zur Bewertung der Angebote im Hinblick auf netzbetriebskonzeptionelle Inhalte erstreckt, die damit Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden sind, ist sie unzulässig.

- a) Nach § 520 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO muss die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) enthalten. Die gesetzliche Regelung bezweckt, formale und nicht auf den konkreten Streitfall bezogene Berufungsbegründungen auszuschließen, um dadurch auf die Zusammenfassung und Beschleunigung des Verfahrens im zweiten Rechtszug hinzuwirken (BGH, NJW 1984, 177 = ZIP 1983, 1510; NJW 1999, 3126). Die Rechtsmittelbegründung muss zudem geeignet sein, das gesamte angefochtene Urteil in Frage zu stellen. Bei mehreren Streitgegenständen oder einem teilbaren Streitgegenstand muss die Berufungsbegründung sich grundsätzlich auf alle Teile des Urteils erstrecken, hinsichtlich deren eine Abänderung beantragt ist; andernfalls ist das Rechtsmittel für den nicht begründeten Teil unzulässig (BGHZ 22, 272 [278] = NJW 1957, 424; BGH, NJW 1998, 1081 [1082]; NJW-RR 2006, 1044 Rn. 20 ff. - Schlank-Kapseln; BGH, NJW-RR 2007, 414 Rn. 10; BGH, NJW 2015, 3040 Rn. 11).
- b) Nach der Rechtsprechung des Senats qualifiziert sich der Streitgegenstand, wie er durch den geltend gemachten Klaganspruch sowie durch den Lebenssachverhalt definiert wird, aus dem er hergeleitet und mit dem er begründet wird, im Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG - so auch im Streitfall - durch das auf Primärrechtsschutz gerichtete Verlangen der Klagepartei in einem laufenden Konzessionierungsverfahren, eine (potenzielle) subjektive Rechtsverletzung des Konzessionsbewerbers abzuwehren, welche aus dem gerügten objektiven Rechtsverstoß der Gemeinde ohne dessen Abstellen bei Fortsetzung oder Abschluss des Konzessionierungsverfahrens folgen und durch eine etwaige Präklusion perpetuiert würde. Die einzelne Rüge, die eine als rechtswidrig angesehene Verfahrensweise in ihrem den objektiven Rechtsverstoß begründenden Sachgehalt tatsächlich umreißt, berührt dabei regelmäßig einen separaten Klage-/Antragsgrund und begründet hiernach grundsätzlich einen gesonderten Streitgegenstand (vgl. Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart.).
- c) Diese Grundsätze gelten auch im Verfahrensstadium der Auswahlentscheidung der Gemeinde (§ 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG), da dortige Rechtsverletzungen der Gemeinde ebenso wie Rechtsverletzungen bei der Aufstellung der Auswahlkriterien (§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG), nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu rügen sind und, sofern eine Rüge nicht erfolgt ist, nicht

mehr geltend gemacht werden können. Danach handelt es sich bei den vorstehend unter 3 a) bis 3 j) wiedergegebenen Rügen der Beklagten um gesonderte Streitgegenstände, da sie, wie sich aus den zu deren Begründung vorgetragenen Tatsachen ergibt, jeweils auf anderen Umständen als die vorstehend unter 2 a) und 2 b) wiedergegebenen Rügen beruhen und damit selbständige Rechtsverstöße der Beklagten bei der Bewertung der Angebote der Klägerin bzw. der Streithelferin zu einzelnen Kriterien bzw. Unterkriterien betreffen. Daher ist das Rechtsmittel der Klägerin unzulässig, als es keine Begründung der Anfechtung des landgerichtlichen Urteils bezüglich der Rügen 3 a) bis 3 j) enthält. Soweit die Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 25. August 2024 - wie auch bereits in der Replik ausgeführt - erläutert haben, sämtliche - bereits vorprozessual erhobenen und erstinstanzlich weiterverfolgten - Rügen seien Gegenstand der Berufung, da die unzulässige Berücksichtigung vertraglicher Zusagen bei der Bewertung einer Vielzahl von Unterkriterien, nämlich bei der Bewertung der Unterkriterien 1.1, 1.2, 1.4, 1.5, 2.2, 3.5, 4.1 und 5.3, sich durch die gesamte angegriffene Entscheidung des Erstgerichts ziehe, vermag der Senat dem nicht zu folgen, auch wenn die Klägerin die Unterkriterien 1.1, 1.2, 1.4, 1.5, 2.2, 3.5, 4.1 und 5.3 sowohl mit der Rüge 2 b) als auch mit den Rügen 3 a) bis 3 j) beanstandet. Denn die Rüge 2 b) betrifft die aus Sicht der Klägerin unzulässige Berücksichtigung eines bestimmten nicht im Kriterienkatalog vorab mitgeteilten Gesichtspunkts, nämlich vertragliche Zusagen / Regelungen, während die Rügen unter 3 a) bis 3 j) davon trennbare behauptete Rechtsverstöße bei der Bewertung der Angebote im Hinblick auf netzbetriebskonzeptionelle Inhalte betreffen, deren Anfechtung einer gesonderten Begründung bedarf, die der klägerische Vortrag vermissen lässt, sodass die Berufung insoweit unzulässig ist.

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 47 Abs. 5 EnWG unterliegt - soweit er im Berufungsverfahren Gegenstand der Beurteilung ist - keinen entscheidungserheblichen Zulässigkeitsbedenken.

a) Das einstweilige Verfügungsverfahren ist als solches nach § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG mit dem gestellten Unterlassungsantrag grundsätzlich statthaft und scheitert auch nicht an besonderen Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes (siehe Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart mwN). Nach § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG muss ein Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht werden. Nach der Gesetzesbegründung soll sich die Rechtsgefährdung bereits aus der drohenden Präklusion ergeben (vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 17; siehe Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart; Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart).

b) Der Zulässigkeit des Antrags steht eine etwaig eingetretene Präklusion der im Verfahren (noch zulässigerweise) verfolgten Rügen nicht entgegen.

Die Präklusionsanordnung in § 47 EnWG formuliert anders als § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB im Rahmen des Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich nicht lediglich eine Zulässigkeits- und Zugangsvoraussetzungen zu einem spezifischen Nachprüfungsverfahren (vgl. hierzu: BeckOK VergabeR/Gabriel/Mertens, Stand 31. Juli 2018, GWB, § 160 Rn. 134, 135).

Während es zu § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB umstritten und noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob dem Versäumen der Geltendmachung von Vergaberechtsverstößen in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren eine materiell-rechtliche Wirkung zukommt im Sinne eines Hindernisses, derartige Verstöße nachträglich zum Gegenstand eines Zivilrechtsverfahrens zu machen (vgl. OLG Celle, NZBau 2018, 314 Rn. 29 ff. mwN), dient die Präklusion nach § 47 EnWG dazu, eine frühzeitige Rechtssicherheit herbeizuführen (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 16), indem es den beteiligten Unternehmen überhaupt verwehrt ist, sich nach Ablauf der Rügefristen auf präklusionsfähige, aber nicht gerügte Rechtsverletzungen zu berufen (vgl. Czernek, EnWZ 2018, 99, 102, 104). Ob sich der Teilnehmer am Bieterwettbewerb im Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG auf eine Rechtsverletzung berufen kann oder ihm dies mangels rechtzeitiger Rüge verwehrt ist, erscheint danach als Frage der materiellen Begründetheit eines auf einen behaupteten Rechtsverstoß gestützten (Verfügungs-)Anspruchs (so im Ergebnis auch: KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 - 2 U 18/18 (Kart) Rn. 22, insoweit nicht veröffentlicht in EnWZ 2019, 76; Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart).

c) Gegen die Zulässigkeit des im Verfügungsverfahren verfolgten Antrags im Übrigen bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist der Antrag hinreichend bestimmt (§ 253 ZPO).

Die Klägerin erstrebt mit Antrag Ziff. 1, dass es der Beklagten untersagt wird, den gegenständlichen Wegenutzungsvertrag abzuschließen, bis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Auswahl eines Bieters entschieden worden ist. Soweit für eine hinreichende Bestimmtheit des Antrags im Verfahren nach § 47 EnWG aus Sicht des Senats zu fordern ist, dass der Antrag den gerügten Rechtsverstoß konkret benennt, ist der Gegenstand der in der Berufungsinstanz (zulässig) weiterverfolgten Rügen nach der zur Auslegung des Antrags heranzuziehenden Begründung der Antragsschrift eindeutig bestimmbar und vom Landgericht zutreffend erfasst worden. Eine insoweit klarstellende und bestimmte Fassung eines etwaigen Verpflichtungs-/Verbotstenors von Amts wegen ermöglichte dem Senat die im Verfügungsverfahren Anwendung findende Regelung nach § 938 ZPO.

d) Der Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung steht auch nicht, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Mannheim, Az.: 14 O 167/19, entgegen. Die Klägerin erhielt auf Grund dieses

Urteils, das zu einem von der Klägerin zulässigerweise (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 5. Juli 2021, Az. 6 U 101/20 Kart) allein auf den Einwand der unzureichenden Akteneinsicht gestützten Begehren ergangen ist, erstmals vollständige Akteneinsicht. Auch wenn es sich bei den von der Klägerin nach erfolgter vollständiger Akteneinsicht erhobenen Rügen um solche handelt, zu deren Rüge sie sich zuvor auch ohne vollständige Akteneinsicht in der Lage gesehen hat, führt dies entgegen der Auffassung der Beklagten und der Streithelferin nicht dazu, dass sie diese bereits in dem auf die unzureichende Akteneinsicht gestützten Verfahren hätte geltend machen müssen. Denn ob sie diese Rügen nach Erhalt der Akteneinsicht weiterverfolgen würde und/oder ob noch weitere Rügen hinzukommen würden, konnte sie vor Erhalt der vollständigen Akteneinsicht nicht absehen. Bei Zugrundelegung der Auffassung der Beklagten und der Streithelferin würde die Klägerin für den Fall, dass sich auf Grundlage der Akteneinsicht weitere Rügen ergeben, zur Durchführung mehrerer Verfahren gezwungen, was ihre Interessen unzumutbar beeinträchtigen und auch dem Grundsatz der Prozessökonomie zuwiderlaufen würde. Schließlich ließe sich ein solches Ergebnis nicht mit § 47 Abs. 6 EnWG nicht in Einklang bringen. Denn danach darf der Konzessionsvertrag erst nach Ablauf der in § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG gesetzten Frist für die Rüge von Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind, geschlossen werden, und beginnt nach § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG die Frist nach Satz 3 für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat. Daraus kann nur geschlossen werden, dass ohne die Anforderungen des § 47 EnWG genügende Akteneinsicht die Frist für die Geltendmachung von Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht ablaufen soll, sondern dass ab dem Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat, die Frist erneut beginnt (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 5. Juli 2021, Az. 6 U 101/20 Kart).

2. Die Berufung ist - soweit sie zulässig ist - unbegründet. Das Landgericht hat ohne Verletzung des Rechts angenommen, dass der Klägerin kein Verfügungsanspruch i. S. v. § 33 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 46, 47 Abs. 6 EnWG zusteht. Die Beklagte hat die Klägerin in dem Verfahren nach §§ 46 f. EnWG nicht unbillig behindert.

a) Die Klägerin hat die hier geltend gemachten Rechtsverstöße allerdings in Einklang mit § 47 Abs. 1 EnWG und innerhalb der Frist nach § 47 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 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).

b) Das Landgericht ist bei der Beurteilung der mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen

Verfügung vorgebrachten Rügen von einem zutreffenden Prüfungsmaßstab ausgegangen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 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 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 werden (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 16 ff, 34 ff - Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2020, 358 Rn. 31 f - Gasnetz Leipzig).

Ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf eine Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (vgl. BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, - Stromnetz Heiligenhafen, Rn 43 ff; OLG Schleswig, Urteil vom 7. März 2022 - 16 U 166/21 Kart).

aa) 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). Die notwendige Transparenz ist im Allgemeinen dann hergestellt, wenn alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter 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.; Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart; Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart).

bb) Bei der Bewertung der Angebote steht der Gemeinde ein Bewertungsspielraum zu. Deshalb kann die Auswahlentscheidung gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und der allgemeingültigen Beurteilungsmaßstäbe - d.h. Besseres besser, Schlechteres schlechter, Gleiches gleich zu werten und Minder- oder Mehrbemessungen nur bei bedeutsamen Abweichungen vorzunehmen - hält. Die Bewertung muss plausibel, nachvollziehbar und sachlich gut vertretbar sein (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018 - 16 U 110/17 Kart; Senat, Urteil vom 27. März 2019 - 6 U 113/18 Kart; OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 - U 678/19 Kart).

c) Die von der Beklagten getroffene Auswahlentscheidung genügt diesen Anforderungen und führt nicht zu einer unbilligen Behinderung der Klägerin. Eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums bei der Auswertung der nachfolgenden Kriterien ist nicht feststellbar.

aa) In Bezug auf die Unterkriterien 1.1 ("Investitionskonzept"), 1.2 ("Versorgungsunterbrechung"), 1.4 ("Interventionszeiten"), 1.5 ("Erdverkabelung"), 2.2 ("Netzanschlusskosten), 3.5 ("Verbraucherinformation zu Baumaßnahmen"), 4.1 ("Regulatorische Effizienzwerte") und 5.3 ("Bauverfahren") durfte die Beklagte bei deren Bewertung vertragliche Zusagen / Regelungen des jeweiligen Konzessionsvertragsentwurfs berücksichtigen, auch wenn dies im Kriterienkatalog nicht vorab mitgeteilt worden ist.

(1) Die Beklagte hat sich entschieden, das Konzessionsvergabeverfahren als offenen Ideen- und Konzeptwettbewerb (auch in Bezug auf den von den Bieter vorzulegenden Konzessionsvertragsentwurf) in Verbindung mit der Ankündigung einer absoluten Bewertungsmethode auszustalten, was die Klägerin auch nicht beanstandet.

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; 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). 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).

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).

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 Konzeptwettbewerber 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).

(2) Nach diesen Maßstäben durfte die Beklagte vertragliche Zusagen und Regelungen des jeweiligen Konzessionsvertragsentwurfs bei der Bewertung der Unterkriterien 1.1

("Investitionskonzept"), 1.2 ("Versorgungsunterbrechung"), 1.4 ("Interventionszeiten"), 1.5 ("Erdverkabelung"), 3.5 ("Verbraucherinformation zu Baumaßnahmen"), 4.1 ("Regulatorische Effizienzwerte") und 5.3 ("Bauverfahren") berücksichtigen, auch wenn dies im Kriterienkatalog nicht vorab mitgeteilt worden ist, ohne gegen das Transparenzgebot zu verstößen.

(aa) 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.

(bb) 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,) 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).

(cc) Dass vertragliche Zusagen von der Kommune bei der Bewertung der Auswahlkriterien nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn dies vorab mitgeteilt wurde, folgt nach Auffassung des Senats aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch nicht, da diese nur den Fall betrifft, dass die Kommune vertragliche Einflussmöglichkeiten für unverzichtbar hält, was im Streitfall nicht ersichtlich ist, da das Vorliegen von vertraglichen Zusagen bei der Bewertung der einzelnen Auswahlkriterien im Hinblick auf den Grad der Zielerfüllung lediglich als einer von vielen Gesichtspunkten herangezogen wurde und nicht etwa als unabdingbare Voraussetzung für das Erreichen einer bestimmten Punktzahl.

Die Frage, ob die Planungshoheit der Gemeinde und ihr Recht zur Konkretisierung der

energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebs es rechtfertigen können, bei der Auswahl des Netzbetreibers auch gemeindliche Einflussmöglichkeiten auf betriebliche Entscheidungen des Netzbetreibers und deren Umfang [ohne vorherige Mitteilung] zu berücksichtigen, hat der Bundesgerichtshof dagegen ausdrücklich offengelassen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12 - Berkenthin, BGHZ 199, 289, Rn. 51).

(dd) Der Senat beantwortet diese Frage für den Streitfall nach seiner vorstehenden Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Wahrung des Transparenzgebots in einem Konzeptwettbewerb dahingehend, dass die Beklagte vertragliche Zusagen der Bieter bei der Bewertung der Auswahlkriterien berücksichtigen durfte, auch wenn dies nicht vorab im Kriterienkatalog mitgeteilt worden ist.

Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass die Existenz und Qualität vertraglicher Sicherungsmittel und Sanktionsmechanismen 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 "in besonderem Maße gewährleistet ist" (= 3 Wertungspunkte), "wahrscheinlich ist" (= 2 Wertungspunkte), "noch möglich ist" (= 1 Wertungspunkt) oder "kein belastbarer Schluss auf die Zielerfüllung möglich ist" (= 0 Wertungspunkte) (vgl. auch KG Berlin, Urteil vom 25. Oktober 2018, 2 U 18/18 EnWG, Rn. 61; 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). Dass die Gemeinde 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 zudem so selbstverständlich, dass es hierzu keiner ausdrücklichen Erwähnung im Kriterienkatalog bedurfte.

Dem steht auch nicht entgegen, dass im Kriterienkatalog eine Untergliederung der Kriterien in die Gruppe A "Erreichung der Ziele des § 1 EnWG" und Gruppe B "Konzessionsvertrag" erfolgte. Aus Sicht eines durchschnittlichen Bewerbers war es durchaus vorhersehbar, dass die Umsetzung der Konzepte im Konzessionsvertragsentwurf (Gruppe B) in die Bewertung der Kriterien der Gruppe A einfließen könnte. Denn die Beklagte hat auch bezüglich des

Konzessionsvertrags einen offenen Bieterwettbewerb durchgeführt, der den Bewerbern Spielraum bei der Gestaltung der vertraglichen Regelungen lässt. Dadurch war aus der Sicht eines verständigen Bewerbers erkennbar, dass es sich um eine rein inhaltliche Trennung zwischen netzkonzeptionellen und vertraglichen Inhalten handelt und er die Möglichkeit hat, durch eigene (neue) Ideen bei der Vertragsgestaltung die Wahrscheinlichkeit der Zielerfüllung bei den Kriterien der Gruppe A zu beeinflussen. Die Forderung der vorherigen Mitteilung der für die einzelnen Kriterien zu berücksichtigenden vertraglichen Regelungen ließe darauf hinaus, der Gemeinde die Durchführung eines partiell anderen Vergabeverfahrens aufzuerlegen, als es ihren eigentlichen Intentionen entspricht, und den Bieter 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; Senat, Urteil vom 27. April 2022 - 6 U 318/21 Kart). 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. An dieser Bewertung ändert auch der von der Klägerin vorgebrachte Umstand nichts, dass die Prozessbevollmächtigten der Beklagten zwischenzeitlich in "neueren" - wie die Klägerseite in der mündlichen Verhandlung vom 28. August 2024 klargestellt hat - nicht von der Beklagten betriebenen Energiekonzessionsverfahren Unterkriterien zur Bewertung etwaiger vertraglicher Zusagen in die Gruppe A des Kriterienkatalogs aufgenommen haben, da diese in keinerlei Zusammenhang mit Vergabeverfahren der Beklagten stehende Vorgehensweise keine Auswirkung auf die Zulässigkeit der Ausschreibung im Streitfall haben kann. Unabhängig davon führt der Umstand, dass die Kommune im vorliegenden Fall nicht gezwungen war, Unterkriterien zur Bewertung vertraglicher Gestaltungen vorzusehen, nicht dazu, dass es ihr nicht freistehen würde, dies zu tun, ohne dass vorherige Ausschreibungen dadurch unzulässig würden.

bb) Auch soweit sich die Klägerin mit der Berufung noch dagegen wendet, dass das Landgericht die Bewertung der Beklagten zum Unter-Kriterium 2.1 "Netznutzungsentgelte" als vom gemeindlichen Beurteilungsspielraum gedeckt angesehen hat, erweist sich die Berufung als unbegründet.

(1) Es bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Streithelferin ihrem Angebot eine unplausible Prognose zugrunde gelegt hätte und dass die von der Beklagten durchgeführte Prüfung der Plausibilität daher unzureichend gewesen wäre.

(aa) Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die Klägerin nicht glaubhaft gemacht hat, dass die Streithelferin von einem unzutreffenden Ausgangswert in Gestalt der Erlösobergrenze bei der Netzentgeltprognose ausgegangen ist.

Gemäß den Vorgaben des ersten Verfahrensbriefes war für den Regulierungs- und Kalkulationsrahmen gemäß Anreizregulierungsverordnung und Stromnetzentgeltverordnung der Stand zum Datum des Verfahrensbriefes zugrunde zu legen. Im vierten Verfahrensbrief hat die Beklagte zudem die Rückfrage eines Bieters, ob bei der Ermittlung der Erlösobergrenze die Inhalte aus einem derzeit von der Bundesnetzagentur durchgeführten Anhörungsverfahren zur Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze zu berücksichtigen seien, ausdrücklich dahingehend beantwortet, dass für das Bestandsnetz des jeweiligen Bieters auf die aktuell genehmigte Erlösobergrenze (2. Regulierungsperiode) als Grundlage abzustellen sei.

Beklagte und Streithelferin haben nachvollziehbar dargelegt und glaubhaft gemacht, dass die von der Klägerin mit Anlage AS 13 vorgelegte Tabelle im Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht veröffentlicht war und dass dem zu diesem Zeitpunkt aktuellen Veröffentlichungsstand (Mai 2018) der von der Klägerin behauptete Wert nicht zu entnehmen war (Anlage SH 3). Vielmehr ergab sich aus diesem ein Wert von 39.010.200 Euro. Beklagte und Streithelferin haben weiter nachvollziehbar dargelegt, dass die zwingend erforderliche Berücksichtigung der Verfahrensvorgaben ausschließt, dass die konkret zugrunde gelegten Berechnungen und Zahlen zwingend identisch mit den tatsächlich im Rahmen der für das jeweilige Kalenderjahr einer Regulierungsperiode von der Regulierungsbehörde genehmigten sind. Dementsprechend erläutert die Streithelferin in ihrem Angebot (Anlage AS 3, 147) den von ihr als Ausgangsniveau für die Erlösobergrenze (EOG) bestimmten Wert wie folgt:

Um den aktuellen Regulierungsrahmen (ARegV und StromNEV) zum Stand des 1. Verfahrensbriefes zu berücksichtigen, müssen diejenigen Sachverhalte des Regulierungsrahmens der dritten Regulierungsperiode beachtet werden, die sich im Vergleich zur zweiten Regulierungsperiode Strom geändert haben. Dazu zählt der Wegfall des Erweiterungsfaktors als Bestandteil der EOG und die Aufnahme eines Kapitalkostenabgleichs, bestehend aus einem Kapitalkostenabzug und einem Kapitalkostenaufschlag. Ebenfalls berücksichtigt wurden die im Laufe des Jahres 2018 von der Behörde final beschiedenen EOGs für Netzzugänge sowie Erweiterungsfaktoren, da in 2017 für die Ermittlung der EOG für das Preisblatt 2018 aufgrund noch ausstehender Bescheide und Festlegungen der BNetzA noch mit Planwerten gearbeitet werden musste. Die auf diesem Wege ermittelte EOG für das Jahr 2018 (= Ausgangsniveau für die dritte

Regulierungsperiode Strom) beträgt 68.370.799 Euro.

Konkrete Anhaltspunkte, warum diese Wertermittlung unplausibel sein soll, zeigt die Klägerin nicht auf. Allein aus dem Umstand, dass die Bundesnetzagentur zu einem späteren Zeitpunkt einen anderen Wert veröffentlichte, ergeben sich solche nicht, insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass es sich - wie von der Beklagten unwidersprochen vorgetragen - bei den Veröffentlichungen der Bundesnetzagentur um Zwischenstände eines monatelangen Regulierungsprozesses ohne Anspruch auf Finalität handelt. Soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz anführt, Beklagte und Streithelferin hätten damit unstreitig gestellt, dass sie nicht die aktuell genehmigte Erlösobergrenze herangezogen hätten, dringt sie damit nicht durch. Der Verfahrensbrief sieht vor, dass bei der Prognose der künftigen Netznutzungsentgelte auf die aktuell genehmigte Erlösobergrenze "als Grundlage abzustellen" sei, was die Bieter nicht daran hindert, diesen vielmehr verpflichtet, auf dieser Grundlage unter Berücksichtigung der Verfahrensvorgaben und des Prognosezeitraums (hier 2019 bis 2023) eine hiervon ggfs. abweichende Erlösobergrenze zu bestimmen.

(bb) Sonstige Anhaltspunkte, die eine weitergehende Plausibilitätsprüfung erfordert hätten, als diese tatsächlich stattgefunden hat, legt die Klägerin nicht mit Substanz dar. Demgegenüber hat die Beklagte durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung hinreichend glaubhaft gemacht, dass die konkrete Berechnung der Netzentgeltprognose im Angebot der Streithelferin im Sinne des im Verfahrensbrief aufgestellten Plausibilitätsmaßstabes auch für einen fachkundigen Dritten nachvollziehbar Schritt für Schritt transparent dargestellt ist.

cc) Zu Recht hat das Landgericht auch die Rüge der Klägerin bezüglich der angeblichen Außerachtlassung von Widersprüchen bei den Entflechtungskosten zum Unterkriterium 2.1 ("Netznutzungsentgelte") als nicht durchgreifend angesehen.

Die Beklagte konnte davon ausgehen, dass die von der Streithelferin in deren Angebot zugrunde gelegten Entflechtungskosten in Höhe von 400.000 Euro plausibel sind. Die Streithelferin hat in ihrem Angebot den technischen Aufwand für die Umsetzung ihres Entflechtungskonzepts detailliert beschrieben. Sie hat insbesondere zur Umsetzung ihres Entflechtungskonzepts ausgeführt, dass sie mit dem Neubau von drei Übergabestationen zur galvanischen Netztrennung der Stromnetze sowie einer messtechnischen Entflechtung durch Einbau dreier Niederspannungsmessungen an der Maststation rechne (Anlage AS 3, S. 25).

Sie hat weiter nachvollziehbar ausgeführt, dass es für ihr technisches Entflechtungskonzept nicht auf das Vorhandensein eines Umspannwerkes oder einer Anschlussleitung ankomme.

Auch die von der Streithelferin vorgesehene messtechnische Entflechtung (technische Ebene) sei ein taugliches und branchenübliches Vorgehen zur Netzentflechtung. Für die Beurteilung des von der Streithelferin angebotenen Entflechtungskonzepts seien daher das von der Klägerin zur Entflechtung vorgesehene Umspannwerk nebst Anschlussleitung irrelevant. Wenn in der Netzentgeltprognose der Streithelferin der Anschluss des Konzessionsnetzes über die Umspannungsebene Hochspannung/Mittelspannung (HS/MS) angenommen werde, obwohl es im Konzessionsgebiet selbst kein Umspannwerk HS/MS gibt, sei dies zudem einzig als sachgerechtes Vermeiden des sog. "Pancaking-Effekts" zu verstehen, bei dem ein Netznutzer nicht nur für die Netzebene (Hoch-/Mittel-/Niederspannung) bezahle, an die er unmittelbar angeschlossen sei, sondern auch einen Anteil an den Netzkosten aller vorgelagerten Netzebenen trage. Ein in Niederspannung angeschlossener Netznutzer zahle somit einmal anteilig für alle Spannungs- und Umspannebenen. Beim "Pancaking-Effekt" müsse der Netznutzer hingegen für eine Netzebene zweimal zahlen. Die Streithelferin hat weiter nachvollziehbar aufgezeigt, dass der "Pancaking-Effekt" vorliegend auftreten könnte, da das Konzessionsnetz vom regionalen Hochspannungsnetz der Klägerin umgeben ist, die Umspannungsebene ebenfalls in der Hand der Klägerin liegt und die Eigentumsgrenze zum Netz der Streithelferin auf derselben Netzebene, der Mittelspannungsebene, liegt. Ausgehend von den von der Klägerin selbst zur Verfügung gestellten Netzdaten hat die Streithelferin daher in ihrer Netzentgeltprognose zum Zwecke des Kundenschutzes plausibel einen entsprechenden Anschluss an die Umspannungsebene HS/MS unterstellt. Diese regulatorische Hilfslösung zur Vermeidung des "Pancaking-Effekts" hat mit der tatsächlichen Umsetzung der Netzentflechtung - insbesondere dem tatsächlichen Vorhandensein eines entsprechenden Umspannwerks im Konzessionsgebiet - sowie den hierfür tatsächlich anfallenden Entflechtungskosten aber nichts zu tun.

Gegenteiliges zeigt die Klägerin, die lediglich pauschal bestreitet, dass das Konzept der Streithelferin eine messtechnische Entflechtung vorsehe, nicht auf und ist auch sonst nicht ersichtlich, sodass die Klägerin nicht glaubhaft gemacht hat, dass mit der Entflechtung höhere Kosten von rund 1 Million Euro verbunden sein sollen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 101 ZPO. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht veranlasst.

Zitiervorschlag:

OLG Karlsruhe Urt. v. 14.2.2025 – 6 U 12/24, VPRRS 2025, 0037

© Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG 2025