

OLG Naumburg (1. Kartellsenat), Urteil vom 15.12.2023 – 6 U 5/23 (EnWG)**Titel:**

Stromnetz Bördeae

Amtliche Leitsätze:

1. Der in § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG angeordnete Neubeginn des Laufs der Rügefrist tritt nur dann ein, wenn die Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG zwingend zu gewähren war, um die Transparenz der Auswahlentscheidung herzustellen, und nicht bereits dann, wenn die Gemeinde – z.B. nach Zustimmung des betroffenen Teilnehmers – weitere Akteneinsicht (hier in Teile des Angebots eines Mitbewerbers) zur Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens gewährt.
2. Auch wenn § 47 Abs. 3 EnWG ein weitgehend voraussetzungloses Akteneinsichtsrecht des übergangenen Teilnehmers am Konzessionsvergabeverfahren gewährt, ist der Umfang der Akteneinsicht wegen der Akzessorietät dieses dienenden Rechts zum konkreten materiellen Begehren (hier: Abwehrrecht gegen eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde bei der Vergabe von Stromwegenutzungsrechten) sowie unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Beschleunigungsgrundsatzes auf diejenigen Teile der Dokumentation des Konzessionsvergabeverfahrens beschränkt, die erforderlich sind, um dem Antragsteller ausreichend Gelegenheit zu geben, seine vorgenannten Rechte zu wahren.
3. Nach diesen Maßstäben genügt die Gemeinde, welche ein Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG durchführt, ihrer Verpflichtung zur Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG regelmäßig durch die Gewährung von Einsicht in den vollständigen und ungeschwärzten Auswertungsvermerk, welcher Grundlage der Entscheidung des zuständigen Gemeindeorgans über die Auswahl des neuen Konzessionsnehmers ist. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass dieser Auswertungsvermerk naturgemäß nur ein Bruchteil des Inhalts und der Erläuterungen der jeweils zu bewertenden Angebote enthält, wenn aus dem Vermerk deutlich wird, worauf es der Gemeinde in welchem Maße für seine Bewertung ankam.
4. Der bloße und anlasslose Verdacht, dass der Auswertungsvermerk eine selektive oder gar verfälschende Darstellung des Angebotsinhalts beinhaltet, rechtfertigt keinen Anspruch auf vollständigen Einblick des Anspruchstellers in die Angebote seiner Konkurrenten. Über ein Einsichtsrecht in ein Konkurrenzangebot ist jedenfalls erst in einem zweiten Schritt zu entscheiden, wenn die Einsichtnahme in den Auswertungsvermerk der Gemeinde ergibt, dass diese dem Einsicht nehmenden Unternehmen zur Rechtswahrung nicht ausreicht.
5. Die gerichtliche Nachprüfung der Auswahlentscheidung der Gemeinde nach § 46 EnWG beschränkt sich auch im einstweiligen Rechtsschutz nicht auf eine summarische Prüfung, sondern umfasst eine umfassende gerichtliche Kontrolle jeder zulässig und wirksam erhobenen Rüge.

Rechtsgebiete:

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

Schlagworte:

Akteneinsicht, Auswahlentscheidung, Dokumentation, Diskriminierung, Konzessionsvergabeverfahren, Rüge, Transparenz, Akteneinsichtsrecht, Verhältnismäßigkeit,

Beschleunigungsgrundsatz, Netzbetriebskonzept

vorgehend:

LG Magdeburg, Urteil vom 20.06.2023 - 7 O 362/23 (Rechtskraft: unbekannt)

ECLI:

ECLI:DE:OLGNAUM:2023:1215.6U5.23ENWG.00

Rechtskraft:

unbekannt

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Gericht hat entschieden, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Unterlassung des Vertragsabschlusses mit der Altkonzessionärin hat, da keine unbillige Behinderung oder Diskriminierung vorliegt.

Die Klägerin rügte die Vergabeentscheidung der Beklagten, insbesondere die Bewertung ihres Angebots im Vergleich zur Altkonzessionärin. Das Gericht stellte fest, dass die Beklagte die Auswahlkriterien und deren Gewichtung korrekt angewendet hat. Die Bewertung der Angebote erfolgte sachgerecht und innerhalb des Beurteilungsspielraums der Gemeinde. Die Klägerin erhielt umfassende Akteneinsicht, und die Beklagte hatte ihre Entscheidung hinreichend dokumentiert. Die Rügen der Klägerin bezüglich der Bewertung einzelner Kriterien waren unbegründet und führten nicht zu einer anderen Bieterreihenfolge. Die Beklagte hatte die Angebote der Klägerin und der Altkonzessionärin korrekt und nachvollziehbar bewertet, sodass keine unbillige Behinderung oder Diskriminierung der Klägerin vorlag.

Tenor:

- I. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das am 20. Juni 2023 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg wird zurückgewiesen.
- II. Die Verfügungsklägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
- III. Dieses Urteil und das am 20. Juni 2023 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg sind vorläufig vollstreckbar.

und beschlossen:

Der Wert für das Verfahren in beiden Instanzen wird auf 100.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

A.

- 1 Die Verfügungsklägerin (künftig: Klägerin) geht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Vergabe einer Konzession mit einer Laufzeit von zwanzig Jahren für das gemeindliche Stromwegenetz durch die Verfügungsbeklagte (künftig: Beklagte) vor. Sie begeht nach dem Abschluss des Auswahlverfahrens durch die Beklagte und der Vorabinformation über den beabsichtigten Ausschreibungsgewinner die Untersagung des Abschlusses des Konzessionsvertrages mit der C. N. GmbH einschließlich der Androhung von Zwangsmitteln für den Fall der Zu widerhandlung.
- 2 Die Beklagte ist eine selbständige, aus den beiden Ortsteilen T. und U. bestehende Gemeinde in der Verbandsgemeinde E. im S. Kreis in Sachsen-Anhalt. Sie veröffentlichte am 03.04.2019 eine

Bekanntmachung gemäß § 46 Abs. 3 EnWG über das Auslaufen des Stromkonzessionsvertrages mit der C. AG (künftig: Altkonzessionärin) für das Stromversorgungsnetz im Gemeindegebiet zum 07.03.2022 und kündigte zugleich die Vergabe eines neuen Wegenutzungsvertrages für die Stromversorgung im Gemeindegebiet mit einer Laufzeit von 20 Jahren an.

- 3 Am Verfahren beteiligten sich u.a. die Altkonzessionärin mit einer Netzgesellschaft und die Klägerin. Die Klägerin ist ein kommunales Unternehmen, deren Gesellschafterin eine 100%-ige Tochter der Stadt St. im S. Kreis ist und welches u.a. ein Stromverteilungsnetz für die Stadt St. und die umliegende Region betreibt.
- 4 Am 20.07.2020 übermittelte die Beklagte einen 1. Verfahrensbrief, mit dem sie die Auswahlkriterien und deren Gewichtung bekanntgab und erläuterte. Am 11.01.2021 versandte sie nach einer teilweisen Zurückversetzung des Verfahrens einen 2. Verfahrensbrief, in dem sie aktualisiert den Ablauf des Konzessionsvergabeverfahrens und die Auswahlkriterien darstellte und einen Entwurf des Stromkonzessionsvertrages beifügte. Sie forderte die Teilnehmer auf, bis zum 11.03.2021 die Unterlagen zur Prüfung der Eignung sowie bis zum 12.04.2021 ein unverbindliches Angebot mit einem Netzbetriebskonzept und einem Stromkonzessionsvertragsentwurf auf der Grundlage des von ihr vorgegebenen Blanketts abzugeben. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Anlagen Ast 3.1 bis Ast 3.4 Bezug genommen. Auf Rügen der Klägerin vom 26.01.2021 überarbeitete die Beklagte den Kriterienkatalog und informierte die Teilnehmer des Verfahrens hierüber mit ihrem Verfahrensbrief vom 16.02.2021. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Anlage Ast 6 Bezug genommen.
- 5 Nach vorläufiger Auswertung der unverbindlichen Angebote führte die Beklagte mit den Teilnehmern im Oktober 2021 jeweils Bietergespräche. Im November 2021 schied ein Teilnehmer aus dem Verfahren aus, so dass die Klägerin und die Altkonzessionärin als einzige Teilnehmer im Wettbewerb um die Konzession verblieben. Sie wurden aufgefordert, bis zum 21.12.2021 jeweils ein verbindliches Angebot abzugeben.
- 6 Beide Teilnehmer reichten jeweils verbindliche Angebote fristgerecht ein.
- 7 Mit ihrem Schreiben vom 15.11.2022 informierte die Beklagte die Klägerin darüber, dass der Gemeinderat mit Beschluss vom 10.11.2022 nach Auswertung der verbindlichen Angebote einstimmig entschieden habe, den Stromkonzessionsvertrag an die Altkonzessionärin zu vergeben, und teilte die tragenden Gründe für diese Entscheidung mit. Hinsichtlich des Bewertungsblocks B – Wesentliche Inhalte des Stromkonzessionsvertrages – erzielten danach beide Teilnehmer jeweils die Höchstpunktzahl von 30 Punkten. Die Angebotsunterschiede bezogen sich auf den Bewertungsblock A – Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG – nach Auswertung der jeweils vorgelegten Netzbetriebskonzepte; hier erreichten das Angebot der Altkonzessionärin 69,625 von maximal 70 Punkten und das Angebot der Klägerin 65,25 Punkte.
- 8 Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Anlage Ast 9. Das Vorabinformationsschreiben ging der Klägerin am 16.11.2022 zu.
- 9 Die Klägerin beantragte am 21.11.2022 Einsicht in die Verfahrensakten. Die Beklagte gewährte der Klägerin am 08.12.2022 vor Ort Einsicht in die Unterlagen des Verfahrens und ermöglichte ihr die Anfertigung von Ablichtungen, darunter insbesondere den als Anlage Ast 11 vorgelegten tabellarischen Auswertungsvermerk (Stand: 18.08.2022), welcher in den Ausführungen zu zwei Auswahlkriterien teilweise Schwärzungen aufwies. Einblick in das Angebot der Altkonzessionärin erhielt die Klägerin nicht.
- 10 Mit Schreiben vom 03.01.2023 rügte die Klägerin die fehlende Nachvollziehbarkeit des Auswertungsvermerks und die Intransparenz der Auswahlentscheidung. Sie beanstandete die Versagung der Einsicht in das Konkurrenzangebot und insoweit das Fehlen einer

Abwägungsentscheidung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Altkonzessionärin und ihrem eigenen Offenlegungsinteresse sowie die fehlende Angabe von Gründen für die teilweise vorgenommenen Schwärzungen im Auswertungsvermerk. Schließlich rügte sie die Angebotsauswertung zu insgesamt fünf Auswahlkriterien als unsachgemäß, intransparent und diskriminierend. Abschließend vertrat sie die Auffassung, dass bei zutreffender Auswertung das Angebot der Altkonzessionärin mit 93 Punkten und ihr Angebot mit 100 Punkten zu bewerten gewesen wären. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Rügeschreibens (Anlage Ast 12) Bezug genommen.

- 11 Mit Schreiben vom 09.03.2023, der Klägerin zugegangen am 10.03.2022, übersandte die Beklagte erneut den Auswertungsvermerk, nunmehr ganz ohne Schwärzungen – wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Anlage Ast 13 Bezug genommen – und half im Übrigen den erhobenen Rügen nicht ab.
- 12 Am 24.03.2023 hat die Klägerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel der Untersagung eines Abschlusses eines Wegenutzungsvertrages mit der Altkonzessionärin vor Erfüllung im Einzelnen beschriebener Voraussetzungen beantragt; dieser Antrag ist der Beklagten am 30.03.2023 zugestellt worden.
- 13 Wegen der Einzelheiten der Antragstellung, der wechselseitig geäußerten Rechtsauffassungen sowie wegen des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
- 14 Das Landgericht hat den Antrag mit seinem am 20.06.2023 verkündeten Urteil zurückgewiesen.
- 15 Gegen diese ihr am 26.06.2023 zugestellte Entscheidung wendet sich die Verfügungsklägerin mit ihrer am 24.07.2023 eingelegten und innerhalb der bis zum 26.09.2023 verlängerten Berufsbegründungsfrist eingereichten Berufsbegründung.
- 16 Die Verfügungsklägerin beanstandet, dass ihr nur in unzureichendem Maße Einsicht in die Akten des Konzessionsvergabeverfahrens gewährt worden sei. Die Angebotswertung sei in mehreren, im Einzelnen aufgeführten Auswahlkriterien unsachgemäß und diskriminierend durchgeführt worden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Berufsbegründung Bezug genommen.
- 17 Die Verfügungsklägerin beantragt,
unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils der Verfügungsbeklagten unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, hinsichtlich der Ordnungshaft jeweils zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, zu untersagen, den Wegenutzungsvertrag für den Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten mit den Ortsteilen T. und U. mit der C. N. GmbH abzuschließen, solange
 1. die Verfügungsklägerin nicht vollständige Akteneinsicht, insbesondere in das Angebot der C. N. GmbH, erhalten hat und die Fristen des § 47 Abs. 6 EnWG abgelaufen sind,
 2. hinsichtlich des nicht offengelegten Angebots der C. N. GmbH Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht begründet und das hieraus gegebenenfalls folgende Geheimhaltungsinteresse nicht gegen das erhebliche Offenlegungsinteresse der Verfügungsklägerin abgewogen wurde,
 3. das Angebot der Verfügungsklägerin in dem Kriterium „Bewertungsblock A: Ziel 1 a) Gewährleistung eines sicheren Netzbetriebs vor Ort“ einen Punktabzug erhält,

4. das Angebot der Verfügungsklägerin in dem Kriterium „Bewertungsblock A: Ziel 1 c) 2. Spiegelstrich“ einen Punktabzug erhält,
5. das Angebot der Verfügungsklägerin in dem Kriterium „Bewertungsblock A: Ziel 2 a) Preisgünstige Netznutzungsentgelte“ einen Punktabzug erhält,
6. das Angebot der C. N. GmbH in dem Kriterium „Bewertungsblock A: Ziel 2 a) Preisgünstige Netznutzungsentgelte“ nicht mit null Punkten bewertet wird,
7. das Angebot der C. N. GmbH in dem Kriterium „Bewertungsblock A: Ziel 2 b) Preisgünstige Baukostenzuschüsse und Anschlusskosten, 1. Spiegelstrich“ insgesamt mehr als 1,5 Punkte erhält,
8. das Angebot der Verfügungsklägerin in dem Kriterium „Bewertungsblock A: Ziel 3 b) Einhaltung von Kundenservicestandards 4. Spiegelstrich“ einen Punktabzug erhält.

18 Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung der Verfügungsklägerin zurückzuweisen.

19 Der Senat hat die Rechtssache am 15.12.2023 mündlich verhandelt. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Sitzungsprotokolls Bezug genommen.

B.

20 Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgemäß eingelebt und begründet worden. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

21 Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass die Klägerin gegen die Beklagte keinen kartellrechtlichen Anspruch auf Unterlassung des Vertragsabschlusses mit der Altkonzessionärin nach §§ 33 Abs. 1 i.V.m. 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB hat. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Klägerin im Berufungsverfahren vermögen eine andere Gesamtbewertung nicht zu rechtfertigen.

22 I. Allerdings ist – wovon auch das Landgericht ausgegangen ist – der Antrag der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung insgesamt zulässig.

23 1. Nach § 47 Abs. 5 Satz 1 und 2 EnWG ist das einstweilige Verfügungsverfahren nach §§ 935 ff. ZPO statthaft; die Vorschrift eröffnet den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten in einem Eilverfahren zur Gewährung eines Primärrechtsschutzes im Auswahlverfahren nach § 46 f. EnWG für zuvor gerügte Rechtsverletzungen des Interessenten am Auftrag, denen die ein Wegenutzungsrecht vergebende Gemeinde nicht abgeholfen hat. Die Klägerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Teilnahme am Auswahlverfahren sowie durch die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz gezeigt.

24 2. Die Präklusionsanordnung in § 47 EnWG ist – anders als bei den in § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 GWB enthaltenen Rügeobliegenheiten – keine Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern ist als Frage der materiellen Begründetheit eines auf einen behaupteten Rechtsverstoß gestützten Verfügungsanspruchs zu prüfen (so schon OLG Naumburg, Beschluss v. 21.02.2022 – 7 W 8/22 – unveröffentlicht, BA S. 5; auch OLG Karlsruhe, Urteil v. 28.08.2019 – 6 U 109/18 Kart – RdE 2022, 82, in juris Rz. 103 m.w.N.).

25 3. Die Klägerin hat auch die in § 45 Abs. 5 Satz 1 EnWG normierte gesetzliche Ausschlussfrist zur Antragstellung von fünfzehn Kalendertagen ab dem Zugang der Nichtabhilfeentscheidung der Beklagten – hier durch deren Schreiben vom 09.03.2023, der Klägerin zugegangen am Folgetag – dadurch gewahrt, dass sie ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig am 24.03.2023 anhängig gemacht hat.

26 4. Gegen die Zulässigkeit des im Verfügungsverfahren verfolgten Antrags bestehen auch sonst keine Bedenken. Im einstweiligen Rechtsschutz kann lediglich die Untersagung des

Vertragsabschlusses auf der Grundlage des bisher durchgeföhrten Verfahrens begehrt werden. Die Aufführung der einzelnen Rügen gegen die Rechtmäßigkeit des Verfahrens im Antrag ist nicht erforderlich, aber unschädlich. Diesen Anforderungen entspricht der Antrag, insbesondere ist er hinreichend bestimmt i.S. des § 253 Abs. 2 ZPO.

- 27** II. Das Landgericht ist weiter zu Recht davon ausgegangen, dass ein Verfügungsgrund nach § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG nicht glaubhaft zu machen ist.
- 28** III. Im Rahmen der Nachprüfung der Auswahlentscheidung der Gemeinde durch das im Rahmen von §§ 46 f. EnWG angerufene Gericht ist zunächst zu berücksichtigen, dass das Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG einen Primärrechtsschutz als Individualrechtsschutz gewährleistet und keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle des Konzessionsvergabeverfahrens eröffnet (vgl. nur OLG Karlsruhe, Urteil v. 28.08.2019 – 6 U 109/18 Kart – RdE 2022, 82, in juris Rz. 110 m.w.N.; OLG Naumburg, Beschluss v. 21.02.2022 – 7 W 8/22 (Hs) – unveröffentlicht).
- 29** 1. Ein objektiver Rechtsverstoß der Gemeinde führt nur dann zum Erfolg des Antrags, wenn er das Auswahlverfahren betrifft und deshalb die Auswahlentscheidung, also die Chancen des Antragstellers auf den Zuschlag auf sein Angebot, beeinflussen kann. Mit anderen Worten: Ein Verfügungsanspruch ist nur begründet, wenn bei einem Rechtsmissbrauch dessen Kausalität für die finale Auswahlentscheidung zumindest nicht auszuschließen ist. Der Teilnehmer an einem Konzessionsvergabeverfahren hat keinen Anspruch auf die Bewertung seines Angebots mit einer zutreffenden Punktzahl, sondern lediglich darauf, dass das aus Sicht der Gemeinde annehmbarste Angebot im Wettbewerb ausgewählt wird. Deswegen gilt, dass dann, wenn Angebote fehlerhaft bewertet worden sind, es weiter darauf ankommt, inwiefern sich der festgestellte Bewertungsfehler auf das Ergebnis der Angebotswertung und die sich daraus ergebende Reihenfolge der Bieter ausgewirkt haben kann. Zwar genügt es, wenn eine solche Auswirkung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls nicht ausgeschlossen werden kann. Dass es sich so verhält, es mithin zumindest möglich ist, dass der unterlegene Bieter durch den Abschluss des Konzessionsvertrages unbillig behindert oder diskriminiert wird, hat aber derjenige darzulegen und ggf. zu beweisen, der sich auf die Nichtigkeit des bereits geschlossenen bzw. auf ein Verbot des Abschlusses des Konzessionsvertrages beruft (vgl. nur BGH, Urteil v. 28.01.2020 – EnZR 116/18 „Stromnetz Steinbach“ – a.a.O., in juris Rz. 24).
- 30** 2. Die gerichtliche Nachprüfung ist sachlich beschränkt auf solche Rügen, die der jeweilige Antragsteller rechtzeitig gegenüber dem Konzessionsgeber gerügt hat. Nach § 47 Abs. 2 EnWG obliegt es einem Interessenten an der Konzession, für ihn erkennbare Rechtsverletzungen innerhalb bestimmter, im Gesetz normierter Ausschlussfristen zu rügen. Für das vorliegende Verfahren ergeben sich die maßgeblichen Rügefristen aus § 47 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 EnWG für Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung. Für Rechtsverletzungen, welche aus Mitteilungen nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG (sog. Vorabinformation) erkennbar sind, gilt eine Ausschlussfrist von 30 Kalendertagen ab Zugang der Mitteilung. Dies gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn für die Vorbereitung der Rüge Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG zu gewähren ist; dann beginnt nach § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG die Frist nach Satz 3 erneut ab dem ersten Tag, an dem die Akten bereitgestellt worden sind. Im Rahmen der Entscheidung über die Frage, ob ein Antragsteller mit einer konkreten Rüge präkludiert ist, ist einerseits zu berücksichtigen, dass der Maßstab für die Erkennbarkeit ein objektiver ist und die Erkenntnismöglichkeiten für ein mit der Konzessionsvergabe angesprochenes, fachkundiges Unternehmen bei Anwendung üblicher Sorgfalt umfasst. Anders als Satz 4 der vorzitierten Vorschrift nach dem Wortlaut suggerieren könnte, beginnt die Rügefrist andererseits auch nur dann erneut, wenn die Akteneinsicht zwingend zu gewähren war, um die Transparenz der Auswahlentscheidung herzustellen, und nicht bereits dann, wenn die Gemeinde - z.B. nach Zustimmung des betroffenen Teilnehmers – weitere Akteneinsicht zur Beschleunigung des

Nachprüfungsverfahrens gewährt. Denn es verbleibt beim Grundsatz, dass maßgeblich für den Fristbeginn die Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstoßes ist. Ist der Vergaberechtsverstoß nach objektiven Kriterien bereits ohne die gewährte Akteneinsicht erkennbar, beginnt die Frist nicht neu zu laufen. Die Normierung der Rügeobliegenheit bezweckt nicht nur, dem Konzessionsgeber die Möglichkeit einzuräumen, die Rechtmäßigkeit ohne Inanspruchnahme der Gerichte selbst herstellen zu können, sondern vor allem die Beschleunigung des Verfahrens. Rügen sollen so zeitig wie möglich vorgebracht werden, um zunächst dem Konzessionsgeber eine Abhilfemöglichkeit und sodann dem u.U. angerufenen Gericht eine auf konkrete Beanstandungen konzentrierte Prüfung zu eröffnen. Dem jeweiligen Antragsteller soll es verwehrt sein, den Abschluss des Konzessionsvergabeverfahrens dadurch zu verzögern, dass er etwaige Beanstandungen sukzessive nacheinander vorbringt, ergänzt oder erweitert. Dem liefe es zuwider, wenn der Antragsteller sich trotz bereits gegebener Erkennbarkeit des vermeintlichen Rechtsverstoßes bei jeder neuen Teilinformation durch die Übersendung von Unterlagen bzw. die partiell erweiterte Akteneinsicht nochmals auf dieselbe Rüge, ggf. weiter konkretisiert, berufen könnte.

- 31** 3. Soweit Rügen nicht wegen Präklusion unbeachtlich sind, beschränkt sich die Nachprüfung nicht auf eine summarische Prüfung, sondern umfasst, wovon das Landgericht in seiner angefochtenen Entscheidung auch ausgegangen ist, eine umfassende gerichtliche Kontrolle jeder zulässig und wirksam erhobenen Rüge (vgl. nur OLG Naumburg, Urteil v. 01.12.2023 - 6 U 1/23 EnWG – unveröffentlicht; OLG Karlsruhe, Urteil v. 28.08.2019 – 6 U 109/18 Kart – RdE 2022, 82, in juris Rz. 99 m.w.N.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Bewertung der Angebote trotz der vorab gewählten und bekanntgemachten Auswahlkriterien eine Entscheidung mit prognostischen, in die Zukunft weisenden Elementen ist und dass es nicht in Betracht kommt, dass das Gericht seine Bewertung an die Stelle der Bewertung der Gemeinde setzt und den Ausschreibungsgewinner auswählt. Das Verfahren ist, wie die Klägerin mit ihren Anträgen beachtet hat, lediglich auf ein Verbot des Vertragsschlusses auf unveränderter Grundlage gerichtet. Es kommt nicht auf die objektive Richtigkeit der Auswahlentscheidung der Gemeinde an, sondern darauf, ob der Gemeinde das von ihr für den Zuschlag ausgewählte Angebot unter Berücksichtigung der zuletzt wirksam bekanntgemachten Auswahlkriterien und deren Gewichtung (wie sie der mit dem Verfahren angesprochene Kreis der fachkundigen Unternehmen verstehen durfte), einer angemessenen und ihr zumutbaren Aufklärung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen aus sachlichen Erwägungen als das beste Angebot erscheinen durfte.
- 32** IV. Die Prozessparteien gehen übereinstimmend und zu Recht davon aus, dass als Verfügungsanspruch ausschließlich ein Anspruch nach §§ 33 Abs. 1 i.V.m. 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB auf Unterlassung des Vertragsschlusses auf der Grundlage des bisherigen Auswahlverfahrens in Betracht kommt, für den die nachfolgend dargestellten Prämissen gelten, welche durch die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung gefestigt sind (vgl. insbesondere BGH, Urteil v. 17.12.2013 – KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“ – BGHZ 199, 289, in juris Rz. 16 ff.; zuletzt BGH, Urteil v. 09.03.2021 – KZR 55/19 „Gasnetz Berlin“ – RdE 2021, 477, in juris Rz. 20):
- 33** 1. Gemeinden handeln beim Abschluss von Wegenutzungsverträgen i.S.v. § 46 Abs. 2 EnWG als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, haben dabei auf dem sachlich auf das Angebot von Wegenutzungsrechten und örtlich auf das Gemeindegebiet beschränkten Markt eine marktbeherrschende Stellung und sind deswegen als Normadressaten des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet, im Auswahlverfahren keinen Bieter um die Konzession unbillig zu behindern oder zu diskriminieren. Diese Verpflichtung, welche durch den – mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung (BGBl. 2017 I 130) eingeführten, die aktuelle Rechtsprechung jedoch ausdrücklich nur abbildenden (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 14 f.) – § 46 Abs. 4 EnWG konkretisiert wird, steht mit dem Recht auf

kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG im Einklang (vgl. nur OLG Naumburg, Urteil v. 03.06.2022 – 7 U 6/22 Kart – WuW 2023, 53, in juris Rz. 46 m.w.N.).

- 34** b) Aus der Bindung der Gemeinden an das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Für den vorliegenden Rechtsstreit, der das Stadium nach Abschluss des Auswahlverfahrens betrifft und dessen Gegenstand ausschließlich Rügen zur Art und Weise der Durchführung sowie zu Teilergebnissen und zum Gesamtergebnis der Bewertung der beiden Angebote sind, kommt es lediglich auf die Anforderungen an die Durchführung einschließlich der Dokumentation der Angebotsbewertung an.
- 35** 2. Die Gemeinde hat bei der Prüfung und Wertung der jeweils fristgerecht eingegangenen, jeweils formell nicht zu beanstandenden Angebote der jeweils als geeignet angesehenen Bieter – hier der Klägerin und der Altkonzessionärin – einen Beurteilungsspielraum, der nur eingeschränkt der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt. Hiernach stehen drei Prüfungsschwerpunkte im Vordergrund:
- 36** a) Die Gemeinde unterliegt bei ihrer Entscheidung der Bindung an die von ihr selbst bekannt gemachten Auswahlkriterien und deren Gewichtung (Bindungswirkung). Das bedeutet, dass sie ihre Entscheidung nur auf solche Auswahlkriterien stützen darf, die bekanntgemacht worden sind, dass sie sämtliche bekanntgemachte Auswahlkriterien und deren Unterkriterien auch bewerten muss, dass sie andererseits aber ihre Entscheidung nicht auf Kriterien stützen darf, die nicht oder nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht oder erfolgreich gerügt worden sind.
- 37** b) Voraussetzung für eine rechtmäßige Auswahlentscheidung ist eine angemessene und zumutbare Aufklärung der tatsächlichen Erkenntnisgrundlagen, also insbesondere eine vollständige und zutreffende Erfassung der jeweiligen Angebotsinhalte im Hinblick auf die zu prüfenden Auswahlkriterien (Erkenntnisgrundlagen). Allerdings ist einschränkend darauf zu verweisen, dass es der Gemeinde nicht obliegt, jede vertragliche Zusage eines Bieters im Auswahlverfahren auf ihre Richtigkeit zu prüfen, sondern grundsätzlich darf sich die Gemeinde darauf verlassen, dass der Bieter die im Falle des Zuschlags auf sein Angebot verbindlich werdenden Leistungsversprechen auch einhält, zumal diese Leistungsversprechen regelmäßig einklagbar und/oder sanktionsbewehrt sind. Hinsichtlich der weiteren, also der nicht einklagbaren bzw. sanktionsbewehrten Angaben, insbesondere hinsichtlich der prognostischen und konzeptionellen Darstellungen eines Bieters, verletzt die Gemeinde ihre aus dem Kartellrecht erwachsenden Prüfungspflichten nur dann, wenn sich für die Gemeinde konkrete Anhaltspunkte für eine mangelnde Umsetzbarkeit ergeben und sie dies nicht zum Anlass genommen hat, die sich ergebenden Zweifel im Rahmen des ihr Möglichen und Zumutbaren aufzuklären (vgl. nur OLG Karlsruhe, Urteil v. 28.08.2019 – 6 U 109/18 – RdE 2022, 82, in juris Rz. 154; OLG Celle, Urteil v. 16.06.2022 – 13 U 67/21 (Kart) – ZNER 2022, 458, in juris Rz. 38 ff.).
- 38** c) Die Gemeinde darf mit ihrer Wertung der Angebote bezüglich der einzelnen Auswahlkriterien die Grenzen des grundsätzlich weiten Beurteilungsspielraums nicht überschreiten (Einhaltung des Beurteilungsspielraums). In diesem Zusammenhang ist ein Teilaспект der Nachprüfung, dass die Bewertung nicht willkürlich getroffen wird, also von sachfremden Erwägungen getragen ist. Hierauf beschränkt sich die Prüfung aber nicht; vielmehr muss die Einzelentscheidung nachvollziehbar und plausibel sein. Sie muss sich im Rahmen der Gesetze, der ggf. bekannt gemachten bzw. der allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe halten. Der erkennende Senat folgt in seiner ständigen Rechtsprechung insoweit einerseits der in der kartellrechtlichen Rechtsprechung gefundenen Formulierung, dass die Entscheidung im konkreten Durchgang und Nachvollzug der hierfür angeführten Gründe nach allgemeinen Beurteilungsmaßstäben – d.h. Besseres besser, Gleicher gleich und Schlechteres schlechter zu bewerten – als inhaltlich billigenswert in dem Sinne erscheinen können, dass man sich mit guten Gründen bejahend zu ihnen stellen kann (vgl. nur OLG Schleswig, Urteil v. 18.05.2020 - 16 U 66/19 Kart – in juris Rz. 140 ff., 148; nachgehend zwar BGH,

Urteil v. 12.10.2021 - EnZR 43/20 „Stadt Bargteheide“ – RdE 2022, 289, aber insoweit nicht beanstandet), andererseits aber auch der aus der vergaberechtlichen Rechtsprechung entlehnten und übertragbaren Erwägung, dass u.U. zu berücksichtigen ist, in welchem Maße die Gestaltung der Ausschreibung und die sonstigen Umstände den Bieter einen Angebotsspielraum eröffnen. Bestehen danach nur kleine Spielräume für wertungsrelevante Umstände, so ist es folgerichtig, der gebotenen Differenzierung zwischen den Angeboten dadurch Rechnung zu tragen, dass bereits ein geringer Mehrwert für die Gemeinde zu einer graduell besseren Bewertung führt.

- 39** 3. Hinsichtlich der Dokumentation der Prüfung und Bewertung der Angebote ist darauf zu verweisen, dass die Dokumentation kein Selbstzweck ist, sondern ihr eine dienende Funktion zukommt; sie soll u.a. ausreichende Erkenntnisgrundlagen für die Inanspruchnahme eines primären Individualrechtsschutzes bieten. Deswegen müssen sich aus der Dokumentation der Angebotsbewertung und der Auswahlentscheidung zwar die Tatsachenumstände und Überlegungen, welche für die konkret getroffene Auswahlentscheidung der Gemeinde eine Rolle gespielt haben, hervorgehen. Eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung des jeweiligen Antragstellers nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB erwächst unmittelbar aber nicht etwa aus einem Dokumentationsmangel. Ein Bieter kann sich mit seinem Antrag auf Untersagung des Vertragsabschlusses in einem Konzessionsvergabeverfahren nur dann erfolgreich auf eine fehlerhafte oder unzureichende Dokumentation stützen, wenn sich die diesbezüglichen Mängel auf seine Chancen im Wettbewerb nachteilig auswirken können, die Dokumentation also gerade im Hinblick auf die gerügte Diskriminierung bzw. unbillige Behinderung bei der Anwendung eines Auswahlkriteriums unzureichend ist. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Konzessionsgeber im gerichtlichen Verfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Erwägungen präkludiert werden kann, die nicht in aller Ausführlichkeit aus seinem Auswertungsvermerk niedergelegt sind. Denn einerseits ist zwar zu berücksichtigen, dass insbesondere die zeitnahe Dokumentation der Gründe der Auswahl des künftigen Konzessionsnehmers durch den Konzessionsgeber die Transparenz des Verfahrens schützen und Manipulationsmöglichkeiten entgegenwirken soll; andererseits darf der Ablauf des Auswahlverfahrens durch die gerichtliche Nachprüfung nicht unangemessen beeinträchtigt werden. Mit dem zuletzt genannten Grundsatz wäre es nicht zu vereinbaren, wenn Dokumentationsmängel generell und unabhängig von deren Gewicht und Stellenwert zu einer Anordnung der Wiederholung der betroffenen Abschnitte des Auswahlverfahrens führten. Dies muss auf Fälle beschränkt bleiben, in welchen zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung einer nachgeschobenen Dokumentation nicht ausreicht, um eine wettbewerbskonforme Auswahl sicherzustellen (so: BGH, Beschluss v. 08.02.2021 – X ZB 4/10 „S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr“ – BGHZ 188, 200, in juris Rz. 73 für die vergleichbare Situation in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren).
- 40** V. Nach diesen Maßstäben ist zu den einzelnen Rügen der Klägerin Folgendes auszuführen, wobei jede von der Klägerin erhobene Rüge im Einzelnen zu prüfen gewesen ist:
- 41** 1. Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass die Klägerin ihren Verfügungsanspruch nicht mit Erfolg daraus herleiten kann, dass die Beklagte ihr auf ihren Antrag etwa nur unvollständig Einsicht in die Akten des Konzessionsvergabeverfahrens gewährt habe und ihr insbesondere weiterer Einblick in Inhalte und Erläuterungen des Angebotes der Altkonzessionärin zu gewähren sei.
- 42** a) Der Senat teilt die mit dem Berufungsvorbringen geltend gemachten Rechtsansichten nicht vollständig und geht bezüglich des Umfangs der Akteneinsicht von folgenden rechtlichen Maßstäben aus:
- 43** aa) Zunächst ist darauf zu verweisen, dass das Gesetz in § 47 Abs. 3 EnWG zwar ein weitgehend voraussetzungsloses Akteneinsichtsrecht des übergangenen Teilnehmers am Konzessionsvergabeverfahren gewährt – erforderlich sind lediglich ein Antrag in Textform

innerhalb einer festgelegten Antragsfrist und die Bereitschaft zur Kostenübernahme für Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften –, der Gesetzgeber aber den Umfang der Akteneinsicht nicht geregelt hat. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nur entnehmen, was das Akteneinsichtsrecht bezeichnet (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 17: „... dass dem unterlegenen Bieter zügig Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich gemacht werden, die eine Verletzung in seinen Rechten begründen können ...“).

- 44** bb) Es gehört zur generellen Eigenheit von Auskunftsrechten, dass sie nicht über die Reichweite des materiellen Begehrens in der Hauptsache hinausgehen (vgl. z.B. BGH, Urteil v. 07.07.1982 – IVb ZR 738/80 – NJW 2771, in juris Rz. 10 m.w.N.; BGH, Urteil v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16 – BGHZ 217, 24, in juris Rz. 14 m.w.N. jeweils zum Auskunftsanspruch nach § 1580 BGB; OLG Naumburg, Beschluss v. 01.06.2011 – 2 Verg 3/11 – VergabeR 2012, 250, in juris Rz. 4 zum Akteneinsichtsrecht im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nach § 111 GWB a.F. <jetzt: § 165 GHWB>; KG Berlin, Urteil v. 24.09.2020 – 2 U 93/19 EnWG – EnWZ 2021, 20, in juris Rz. 104). In der Hauptsache geht es aber in den Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG, wie vorausgeführt, nicht um eine Ersetzung der Auswahlentscheidung des Konzessionsgebers durch eine objektiv in jeder Hinsicht richtige Entscheidung, sondern lediglich um die Prüfung, ob in der Auswahlentscheidung des Konzessionsgebers eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung in Gestalt einer unbilligen Behinderung des jeweiligen Anspruchstellers oder einer ohne sachlich gerechtfertigten Grund vorgenommenen Ungleichbehandlung vorliegt. Der Umfang der Akteneinsicht ist wegen der Akzessorietät dieses Rechts begrenzt auf diejenigen Inhalte „der Akten“ des Konzessionsgebers, die erforderlich sind, um dem Antragsteller ausreichend Gelegenheit zu geben, seine vorgenannten Rechte zu wahren. Dazu ist grundsätzlich die umfassende Unterrichtung über das Ausschreibungsergebnis durch Überlassung einer ungeschwärzten und vollständigen Kopie des für die Auswahlentscheidung der Gemeinde erstellten Auswertungsvermerks erforderlich, aber auch ausreichend (so ausdrücklich BGH, Urteil v. 07.09.2021 – EnZR 29/20 „Gasnetz Rösrath“ – RdE 2022, 19, in juris Rz. 11). Diese generelle Beschränkung des Akteneinsichtsrechts durch seinen Zweck gilt auch für das in § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG normierte Akteneinsichtsrecht, obgleich diese Vorschrift in der vorgenannten Entscheidung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs in zeitlicher Hinsicht noch nicht anwendbar war (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 04.11.2020 – I-27 U 3/20 – RdE 2021, 279, in juris Rz. 44 m.w.N.; OLG Celle, Beschluss v. 05.08.2022 – 13 U 81/21 – nach juris Rz. 10, 12; OLG Düsseldorf, Urteil v. 17.08.2022 - VI-2 U (Kart) 4/21 „Stromverteilnetz“ – VergabeR 2023, 125, in juris Rz. 31 und 37). Letztlich muss der übergangene Bieter durch die Akteneinsicht erkennen können, aufgrund welcher Erwägungen der Konzessionsgeber zu dem Ergebnis gelangt ist, dass das Angebot des ausgewählten Bieters das bessere ist.
- 45** cc) Schließlich ist zu berücksichtigen, dass – ungeachtet der gesondert vorzunehmenden Prüfung der Beeinträchtigung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen anderer Teilnehmer des Konzessionsvergabeverfahrens durch die Gewährung von Akteneinsicht – auch die Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit (geringstmöglicher Eingriff in Rechte Dritter) und insbesondere des Beschleunigungsgrundsatzes im Verfahren eine Beschränkung der Akteneinsicht rechtfertigen können. Die Regelungen des § 46 Abs. 1 bis 3 EnWG begründen eine gesetzliche Pflicht des Konzessionsgebers, den Wettbewerb um das Netz in der gebotenen Weise jedenfalls alle zwanzig Jahre zu eröffnen und nach ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens eine Vergabeentscheidung zu treffen. Der Gemeinde steht es nicht etwa frei, die Konzessionsvergabe zu unterlassen oder zeitlich so weit hinauszuschieben, dass der Zeitpunkt der Neuvergabe nicht mehr im Einklang mit ihrer Verpflichtung steht, spätestens nach zwanzig Jahren eine Neuvergabe der Konzession zu ermöglichen (vgl. BGH, Urteil v. 09.03.2021 – KZR 55/19 „Gasnetz Berlin“ – RdE 2021, 477, in juris Rz. 37 ff.).

- 46** dd) Nach diesen Maßstäben genügt die Gemeinde, welche ein Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG durchführt, ihrer Verpflichtung zur Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG regelmäßig durch die Gewährung von Einsicht in den vollständigen und ungeschwärzten Auswertungsvermerk, welcher Grundlage der Entscheidung des zuständigen Gemeindeorgans, hier des Gemeinderats, über die Auswahl des neuen Konzessionsnehmers ist. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass dieser Auswertungsvermerk naturgemäß nur ein Bruchteil des Inhalts und der Erläuterungen der jeweils zu bewertenden Angebote enthält, wenn aus dem Vermerk deutlich wird, worauf es der Gemeinde in welchem Maße für seine Bewertung ankam. Der bloße und anlasslose Verdacht, dass der Auswertungsvermerk eine selektive oder gar verfälschende Darstellung des Angebotsinhalts beinhaltet, rechtfertigt keinen Anspruch auf vollständigen Einblick des Anspruchstellers in die Angebote seiner Konkurrenten. Über ein Einsichtsrecht in ein Konkurrenzangebot ist jedenfalls erst in einem zweiten Schritt zu entscheiden, wenn die Einsichtnahme in den Auswertungsvermerk der Gemeinde ergibt, dass diese dem Einsicht nehmenden Unternehmen zur Rechtswahrung nicht ausreicht (vgl. KG Berlin, Urteil v. 24.09.2020 – 2 U 93/19 EnWG – EnWZ 2021, 20, in juris Rz. 111, dort im Einzelfall bejaht; OLG Düsseldorf, Urteil v. 04.11.2020 – I-27 U 3/20 – RdE 2021, 279, in juris Rz. 44, dort noch offen; OLG Düsseldorf, Urteil v. 17.08.2022 – VI-2 U (Kart) 4/21 „Stromverteilnetz“ – VergabeR 2023, 125, in juris Rz. 44 ff., dort verneint; OLG Stuttgart, Urteil v. 25.05.2023 – 2 U 201/22 – nach juris Rz. 123 m.w.N., dort verneinend; vgl. auch Theobald/Schneider, a.a.O., § 47 Rn. 46).
- 47** b) Die Beklagte hat ihrer Pflicht zur Gewährung von Akteneinsicht dadurch genügt, dass sie der Klägerin mit ihrem dieser am 10.03.2022 zugegangenen Schreiben einen vollständig ungeschwärzten Auswertungsvermerk zur Verfügung gestellt hat (vgl. Anlage Ast 13), sie zugleich im Nichtabhilfebescheid vom 09.03.2022 ihre Auswahlentscheidung nochmals erläutert hat (Anlage Ast 14) und der Klägerin im Verlaufe des gerichtlichen Verfahrens Auszüge aus dem Netzbetriebskonzept der Altkonzessionärin zur Verfügung gestellt hat, soweit das Konzept auf die gerügten Unterkriterien bezogen war: als Anlage 1 zum Sitzungsprotokoll v. 07.06.2023 die Seiten 35 bis 39 (zu A 1 a), als Anlage 2 zu demselben Sitzungsprotokoll die Seiten 85 bis 87 (zu A 1 c 2. Anstrich), als Anlage VB 6 die Seiten 136 bis 138 (zu A 2 b 1. Anstrich) und als Anlage VB 8 die Seite 182 (zu A 3 b 4. Anstrich). Soweit die Klägerin angeführt hat, dass die Darstellung des Angebotsinhalts im Auswertungsvermerk an einzelnen Stellen mit einem Komma als Satzzeichen vor dem die Zeile beendenden Strich endet, und hieraus ableitet, dass der ihm zur Verfügung gestellte Auswertungsvermerk unvollständig sein müsse, folgt der Senat dem nicht. Der Auswertungsvermerk ist vollständig und das Satzzeichen stellt ein offensichtliches Schreibversehen dar, welches den Aussagegehalt des Auswertungsvermerks nicht entwertet.
- 48** c) Soweit die Klägerin weiterhin geltend macht, dass die Schwärzungen nicht erläutert worden seien und nicht erkennen ließen, dass die Beklagte die Interessen der Altkonzessionärin an der Wahrung der Vertraulichkeit der Inhalte und Erläuterungen ihres Angebots gegen das Offenbarungsinteresse der Klägerin abgewogen habe, geht die Rüge ins Leere. Die vorgenannten Unterlagen sind ungeschwärzt.
- 49** d) Entgegen der Auffassung der Klägerin lassen die Aussagen der Beklagten in ihrem Auswertungsvermerk, insbesondere unter zusätzlicher Berücksichtigung der o.a. Ergänzungen, hinreichend erkennen, aus welchen Gründen die Beklagte das Angebot der Altkonzessionärin im Ergebnis für wirtschaftlicher im Sinne der bekannt gemachten Auswahlkriterien hielt. In vielen Auswahlkriterien erreichten beide im Wettbewerb verbliebenen Angebote jeweils die Höchstpunktzahl, wiesen also keine Gründe für die Vergabe einer eingeschränkten Punktzahl nach den oben beschriebenen Maßstäben auf. Die Klägerin hat, wie ihre Antragsschrift zeigt, aufgrund dieser Informationen eindeutig erkannt, aufgrund welcher Auswahlkriterien ihr Angebot punktmäßig hinter dem Angebot der Altkonzessionärin zurückblieb und welche Gründe die

Beklagte für die jeweilige Bewertung benannte. Insoweit ist festzustellen, dass jeder Punktabzug gesondert begründet worden ist.

- 50** e) Der Umstand, dass die Beklagte jeweils eingangs der Darstellung ihrer – naturgemäß verkürzten – Zusammenfassung des jeweiligen Angebotsinhalts zu dem zu bewertenden Aspekt im Auswertungsvermerk die Seitenzahlen des Netzbetriebskonzepts des Teilnehmers und damit die verwerteten Fundstellen der tatsächlichen Grundlagen ihrer Bewertung angab, ist entgegen der Auffassung der Klägerin nicht dahin zu verstehen, dass die Beklagte selbst davon ausgegangen wäre, dass ihr Auswertungsvermerk ohne Lektüre der jeweiligen Passagen des Netzbetriebskonzepts nicht nachvollziehbar wäre, sondern als bloße interne Arbeitshilfe. Ob der Inhalt des Auswertungsvermerks aus sich heraus verständlich ist, ist unabhängig davon zu beurteilen und wird hier, wie an den einzelnen inhaltlichen Rügen aufzuzeigen sein wird, jeweils bejaht.
- 51** f) Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 07.12.2023 erstmals in Bezug auf bisher nicht gerügte Wertungsentscheidungen zu weiteren Auswahlkriterien (A 1 a 2. Anstrich, A 1 a 3. Anstrich, A 1 b 2. Anstrich, A 5 b und – pauschal – B) vorgetragen hat, weswegen sie den Auswertungsvermerk insoweit für nicht nachvollziehbar erachtet, ist sie mit diesen Rügen präkludiert. Nach § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG wären diese Rügen spätestens innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Bereitstellung des ungeschwärzten Auswertungsvermerks am 10.03.2022 zu erheben gewesen, weil der Klägerin ab diesem Zeitpunkt die für die Erhebung der Rüge maßgeblichen tatsächlichen Umstände bekannt und eine vermeintliche Intransparenz objektiv erkennbar waren.
- 52** 2. Aus den Vorausführungen ergibt sich, dass auch die in Ziffer 2 des Antrags aufgeführte Rüge der Klägerin unbegründet ist.
- 53** 3. Hinsichtlich der in den Ziffern 3 bis 8 aufgeführten Auswahlkriterien gilt Folgendes:
 - A. 1. a Gewährleistung eines sicheren Netzbetriebs vor Ort
 - 1. Spiegelstrich: Besetzung der Leitstelle ...

im Hinblick auf das Ziel: Netz- und Versorgungssicherheit

Schlechter-Bewertung des Angebots der Klägerin mit 2 von 4 gegenüber 4 Punkten für das Angebot der Altkonzessionärin
- 54** Die Schlechter-Bewertung des Angebots der Klägerin gegenüber demjenigen der Altkonzessionärin ist weder dem Grunde nach noch bezüglich des Grades der Schlechter-Bewertung zu beanstanden und insbesondere nicht als diskriminierend zu bewerten.
- 55** 1. Bereits im 1. Verfahrensbrief und insoweit nicht abgeändert hat die Beklagte für dieses Unterkriterium festgelegt, dass die „Besetzung der Leitstelle mit qualifiziertem Personal rund um die Uhr“ in einem Punktebereich von 0 bis 2 Punkten (mit einem Gewichtungsfaktor 2) bewertet werden soll, wobei sie klargestellt hat, dass dabei nicht zwingend die permanente physische Anwesenheit einer Person in der Leitstelle gefordert wird. Die Vergabe der Höchstpunktzahl setzte danach voraus, dass dem Netzbetriebskonzept eindeutig zu entnehmen war, dass gerade für die Leitstelle stets – und zwar auch außerhalb der regulären Arbeitszeiten – eine hinreichende Anzahl von qualifizierten Mitarbeitern vorgesehen war. Die von der Klägerin mit der Berufung vorgetragene Sichtweise, wonach sich aus einer systematischen Gesamtschau ergebe, dass mit dem Unterkriterium im 1. Anstrich zum Kriterium A. 1. a lediglich die zeitliche Verteilung des Mitarbeitereinsatzes in der Leitstelle abgefragt und bewertet werden sollte und nicht etwa die Qualifikation, teilt der Senat unter Berücksichtigung des maßgeblichen Auslegungshorizonts nicht. Ein fachkundiger Bieter des angesprochenen Kreises der Wirtschaftsteilnehmer – also ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen – musste aus der oben zitierten Formulierung eindeutig

entnehmen, dass es der Beklagten um eine permanente Vorhaltung einer besonderen fachlichen Kompetenz in der Leitstelle ging.

- 56** a) Die Altkonzessionärin erfüllte diese inhaltlichen Anforderungen mit ihrem auf S. 35 bis 39 Netzbetriebskonzept (vgl. Anlage 1 zum Sitzungsprotokoll v. 07.06.2023) dargestellten Schichtsystem und den Angaben zu den Ausbildungs- und Weiterbildungs- bzw. Erfahrungsständen der eingesetzten Mitarbeiter, sodass die Vergabe der Höchstpunktzahl gerechtfertigt war.
- 57** b) Die Klägerin legte nach der – sie nicht benachteiligenden – Bewertung durch die Beklagte zwar eine quantitativ ausreichende Besetzung der Leitstelle auf S. 45 Netzbetriebskonzept dar, ohne jedoch an dieser Stelle auf die Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter im Einzelnen einzugehen. Soweit sie sich auf „eingewiesenes“ Personal berief, vermisste die Beklagte Ausführungen zum Inhalt der Einweisung. Soweit die Klägerin darauf verweist, dass sie eingangs ihres Netzbetriebskonzepts (S. 10 ff.) allgemein das Qualifikationsniveau ihrer Mitarbeiter dargestellt habe, war dies von der Beklagten zwar zu berücksichtigen, lässt deren Bewertung jedoch nicht als diskriminierend oder sonst fehlerhaft erscheinen. Denn mit dem Kriterium sollte gerade nicht das allgemeine Qualifikationsniveau der Mitarbeiter bewertet werden, sondern eine besondere Anforderung für das konkrete Mitarbeitereinsatzkonzept für die Leitstelle als der von der Beklagten als zentraler Baustein für die Versorgungssicherheit hervorgehobenen Einrichtung bewertet werden. Das Landgericht hat insoweit zutreffend hervorgehoben, dass die Klägerin, indem sie auf diese spezielle Anforderung in ihrem Netzbetriebskonzept nicht einging, damit rechnen musste, dass ihr Angebot nicht mit der Höchstpunktzahl bewertet wird. Auf S. 17 Netzbetriebskonzept gab die Klägerin die Qualifikation von elf Mitarbeitern an, wobei diese durchaus ein unterschiedliches Qualifikationsniveau (Netzingenieur, Netztechniker, Netzmeister, Monteure) hatten, auch wenn nach den Angaben der Klägerin sämtliche elf Mitarbeiter über eine Qualifikation zur Schaltberechtigung verfügten. Ob und inwieweit die Mitarbeiter z.B. spezielle Weiterbildungen für die Tätigkeit in einer Leitstelle absolviert hatten, ergab sich hieraus nicht. Aus der Gesamtangabe ließ sich auch nicht ohne weiteres die Zusammensetzung einer Schicht ableiten. Die Beklagte besorgte, wie sich aus ihren Anforderungen ergibt, vor allem in den Zeiten außerhalb der regulären Arbeitszeiten eine verminderte Qualifikation des sog. Leistungsdienstes; dem trat die Klägerin mit ihrem Netzbetriebskonzept nicht entgegen. Ob ein Höchstniveau an Kompetenz in der Leitstelle gewährleistet war, ergab sich insbesondere nicht aus der Zusage (S. 18), wonach eine nach TSM gemäß VDE-Richtlinie AR-N 4801 geprüfte betriebliche Organisation gewährleistet werde. Schließlich ersetzt auch das auf S. 27 Netzbetriebskonzept aufgeführte Beispiel des beabsichtigten Mitarbeitereinsatzes mit einem Bezug zur Schaltberechtigung nicht die konkrete Darstellung eines speziellen Personaleinsatzkonzeptes in der Leitstelle.
- 58** c) Die Geringer-Bewertung mit einem von zwei möglichen Punkten ist im Hinblick auf die vorgenannten Abweichungen des Angebots der Klägerin vom Maximalniveau angemessen.
- A. 1. c Erhaltung und Ausbau des Stromverteilungsnetzes
2. Spiegelstrich: Stromnetzseitige Sicherstellung der Vermeidung v. Schäden an Verbrauchsgeräten und eines erhöhten Stromverbrauchs ...
- im Hinblick auf die Netz- und Versorgungssicherheit
- Schlechter-Bewertung des Angebots der Klägerin mit 1 von 2 Punkten gegenüber der Bewertung des Angebots der Altkonzessionärin mit der Maximalpunktzahl 2 (bei einem Gewichtungsfaktor 1)
- 59** Die Rügen der Klägerin sind unbegründet.
- 60** 1. Die Beklagte hatte als Bewertungsmaßstab für dieses Unterkriterium „stromnetzseitige Sicherstellung der Vermeidung von Schäden an Verbrauchergeräten und eines erhöhten Stromverbrauchs ...“ mehrere mögliche Ursachen angegeben: „... durch zeitweise

Spannungsbandverletzungen, Umkehr des Lastflusses und Schwankungen der Netzfrequenz". Der Senat teilt das vom Landgericht gewonnene Auslegungsergebnis, wonach es der Beklagten im Rahmen dieses Unterkriteriums darauf ankam, von den Bieterinnen Angaben dazu zu bekommen und zu bewerten, wie auf die drei im Einzelnen aufgeführten Störfallgruppen jeweils reagiert werden soll. Dass nachfolgend die Abwertung des Angebots der Klägerin gegenüber der Maximalpunktzahl von der Beklagten im Wesentlichen darauf gestützt worden ist, dass die Beklagte zwar mehrere Maßnahmen pauschal für alle im Auswahlkriterium genannten Störfallgruppen bezeichnete, ohne diese danach zu ordnen, bei welcher Störfallgruppe jeweils welche konkrete Maßnahme ergriffen werde, ist unter dem Aspekt der Bindung der Beklagten an die zuvor bekanntgemachten Kriterien nicht zu beanstanden.

- 61** 2. Das Nichterreichen der Höchstpunktzahl durch die Klägerin beruhte nach den Angaben der Beklagten darauf, dass die Klägerin nicht auf die vorgegebenen Fallgruppen von Störungen einging, ihre Maßnahmen pauschal beschrieb (z.B. „Überwachung Netzqualität“) und nicht eindeutig definierte Begriffe verwendete (z.B. „Gegensteuerung im Bedarfsfall“, „Einbau von Schutzgeräten“) sowie die Art und Weise der von ihr beabsichtigten Netzoptimierung nicht konkretisierte. Im Hinblick auf diese „unscharfe“ Beschreibung der Maßnahmen war ein Punktabzug gerechtfertigt.
- 62** 3. Soweit die Angriffe in der Berufungsinstanz eher darauf zielen, die Vergabe der Maximalpunktzahl an die Altkonzessionärin infrage zu stellen, sind sie unbegründet. Die Altkonzessionärin hat in ihrem Netzbetriebskonzept (S. 85 bis 87, der Klägerin offenbart als Anlage 2 zum Sitzungsprotokoll vom 07.06.2023) eine nach den vorgegebenen Fallgruppen sortierte Darstellung ihrer Maßnahmen gegeben, welches erkennen lässt, mit welchen Maßnahmen sie auf welche Herausforderungen und in welchem Maße reagieren möchte. Die Klägerin führt zwar zutreffend an, dass in beiden Netzbetriebskonzepten der Einsatz von regelbaren Ortsnetzstationen benannt ist, bei der Altkonzessionärin wird jedoch erläutert, im Zusammenhang mit welchen Herausforderungen sich dieser Einsatz positiv auswirkt. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagte ihre Informationsbedürfnisse durch diese systematische und die technischen Zusammenhänge verständlicher erläuternde Darstellung wie gewünscht befriedigt sieht, zumal ihr diese Darstellung während der Vertragsabwicklung auch eine bessere Kontrolle und Einschätzung des Niveaus des Störungsmanagements ermöglicht. Insbesondere liegt hierin auch bei einer vergleichenden Betrachtung der Bewertung beider Netzbetriebskonzepte kein diskriminierendes Bewertungsverhalten der Beklagten.

A. 2. a Preisgünstige Netznutzungsentgelte

im Hinblick auf eine preisgünstige Versorgung

Schlechter-Bewertung des Angebots der Klägerin mit 3 von 4 Punkten gegenüber der Bewertung des Angebots der Altkonzessionärin mit der Maximalpunktzahl 4

- 63** 1. Die Beklagte hatte ihren Erwartungshorizont funktional beschrieben, indem sie die Bieter aufforderte, die Maßnahmen aufzuführen, welche dazu dienen sollten, „dass es zu keiner Erhöhung der aktuellen Netznutzungsentgelte für RLM-Kunden und SLP-Kunden im Konzessionsgebiet über die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrages ... kommt“. Sie hatte einschränkend angegeben, dass es ihr bewusst sei, „dass diese Angaben über die Höhe der Netznutzungsentgelte ... zumindest ab dem Jahr 2024 nicht verbindlich sein können“, sondern „allenfalls eine ungesicherte Prognose darstellen können“. Sie hatte sodann als Orientierungswerte die Netznutzungsentgelte für SLP-Kunden (in der Niederspannungsebene) NS, für RLM-Kunden NS und RLM-Kunden (in der Mittelspannungsebene) MS mitgeteilt und letztlich eine Prognose der Durchschnittsentgelte für den Zeitraum 2022 bis 2041 verlangt. Aus diesen Erläuterungen ergibt sich, dass die Beklagte u.a. auch Angaben zu den prognostizierten Netznutzungsentgelten und deren Entwicklungstendenz bewerten wollte, wobei diese eine dienende Funktion haben sollten, weil sie nur zur Plausibilisierung und

Konkretisierung der Maßnahmen zur Erhaltung des bestehenden Entgeltniveaus gedacht waren. Unter Berücksichtigung der hieraus resultierenden Bindungswirkung für die Gemeinde kam es danach darauf an, ob und inwieweit der Inhalt des Netzbetriebskonzepts für die Beklagte den Rückschluss rechtfertigte, dass die von der Bieterin vorgesehenen Einzelmaßnahmen – bei allen Einschränkungen im Hinblick auf nicht beeinflussbare Faktoren – eine hohe Gewähr für die Erhaltung des derzeitigen Preisniveaus boten.

- 64** 2. Nach diesen Maßstäben ist es – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht zu beanstanden, dass die Beklagte im Netzbetrieb der Klägerin (insbesondere S. 103/104) eine Unschärfe gesehen hat, weil darin einerseits prognostizierte Netznutzungsentgelte für alle drei Kundengruppen für die Jahre 2022 bis 2024 aufgeführt werden, welche das Anforderungsprofil erfüllen – keine spürbare Erhöhung der Netznutzungsentgelte gegenüber dem Preisniveau des Jahres 2021 – und deren Einhaltung im Sinne einer Obergrenze auch für die Jahre 2022 und 2023 zugesagt wird, andererseits aber die Zusage für das Niveau der Netznutzungsentgelte für die Zukunft, d.h. ab 2024, darauf beschränkt wird, dass die prognostizierten Netznutzungsentgelte nicht mehr als 25% überschritten werden. Soweit die Klägerin erstmals in ihrem Rügeschreiben vom 03.01.2023 geltend macht, dass mit der zuletzt aufgeführten Passage ihres Netzbetriebskonzepts keine Beschränkung, sondern eine zusätzliche Sicherheit durch die Angabe einer maximalen Schwankungsbreite i.S. einer Deckelung gemeint gewesen sei, vermag sie damit nicht durchzudringen. Aus der maßgeblichen objektiven Sicht der Erklärungsempfängerin lag in der Angabe einer möglichen Überschreitung der Prognose um bis zu 25% durchaus ein Anzeichen dafür, dass die Klägerin ihre eigenen Prognosedaten stark relativieren wollte. Dem – zum Zeitpunkt der Angebotsbewertung insoweit nur vorliegenden – Netzbetriebskonzept war der Deckelungscharakter dieser Angabe nicht zu entnehmen. Im Hinblick auf diese Unsicherheiten ist die Vergabe von nur 1,5 von 2 Wertungspunkten mit einem Gewichtungsfaktor von 2 auch in der Höhe nicht zu beanstanden.
- 65** 3. Die Bewertung des Angebots der Altkonzessionärin mit der Maximalpunktzahl hält einer Nachprüfung unter den o.g. Maßstäben stand. Insbesondere musste die Beklagte keine Punktabzüge unter dem Gesichtspunkt fehlender Plausibilität der Prognosen der Altkonzessionärin zum Preisniveau in der Zukunft vornehmen.
- 66** a) Die Beklagte hatte hierzu auf die Effizienzwerte der Altkonzessionärin in Gegenwart und Zukunft abgestellt, welche sie auf eine kontinuierliche Optimierung schließen ließen; hierzu finden sich sehr ausführliche Erläuterungen auch im Auswertungsvermerk unter Bezugnahme auf S. 116 ff. Netzbetriebskonzept.
- 67** b) Hinsichtlich der Prognosen wies das Netzbetriebskonzept der Altkonzessionärin, entsprechend den Anforderungen aus den Verfahrensbriefen, Durchschnittswerte für Netznutzungsentgelte der drei Kundengruppen für den Zeitraum 2022 bis 2041 aus, welche unterhalb der jeweiligen Netznutzungsentgelte des Jahres 2021 lagen, aber – im Hinblick auf ihren Charakter als Durchschnittswerte – natürlich auch Schwankungen i.S. einer vorübergehenden Überschreitung zuließen. Dass die Beklagte insoweit keinen Minderwert des Angebots der Altkonzessionärin gesehen hat, ist von ihrem Beurteilungsspielraum gedeckt. In Gesamtschau mit den durchgängig hohen Effizienzwerten und der dargestellten kontinuierlichen Optimierung des Netzbetriebs war der Schluss auf ein grundsätzlich einheitliches Preisniveau gerechtfertigt.
- 68** c) Dem steht nicht entgegen, dass tatsächlich die Netznutzungsentgelte der Altkonzessionärin im Jahr 2022 gegenüber denjenigen des Jahres 2021 gestiegen sind. Maßgeblich für die Bewertung des Angebots beider Bieterinnen im Verfahren waren die zum Ablauf der Angebotsfrist für das letztverbindliche Angebot am 21.12.2021 anzustellenden Prognosen zu den Durchschnittswerten der Netznutzungsentgelte während der zwanzigjährigen Laufzeit des Konzessionsvertrages und zu dem Gesamtpreisniveau. Unerheblich ist auch, dass das Angebot der Altkonzessionärin für die

Jahre 2022 und 2023 keine verbindlichen Preiszusagen enthielt; solche waren nicht gefordert. Die Beklagte hatte lediglich darauf hingewiesen, dass ihr bewusst sei, dass weiter in die Zukunft reichende Prognosen mit weitergehenden Unsicherheiten behaftet seien. Die Zahlenwerte sollten ausdrücklich nur der Illustrierung und Plausibilisierung des abgefragten Maßnahmenkatalogs dienen. Es ging nicht etwa um eine einklagbare oder sanktionierbare Leistungsverpflichtung.

A 2. b Preisgünstige Baukostenzuschüsse und Anschlusskosten

1. Anstrich: Maßnahmen zur Vermeidung einer Erhöhung des aktuellen Preisniveaus

im Hinblick auf eine preisgünstige Versorgung

Gleich-Bewertung beider Angebote mit der Maximalpunktzahl von 4 Punkten

69 Die Rügen der Klägerin gegen die Bewertung des Angebots der Altkonzessionärin durch die Beklagte sind unbegründet.

70 1. Der Beklagten ging es nach dem Inhalt der Verfahrensbriebe bei diesem Unterkriterium darum, dass Maßnahmen aufgeführt werden, die das Ziel haben, dass es über die Gesamlaufzeit des Konzessionsvertrages (bis 2041) zu keiner Erhöhung der aktuellen Anschlusskosten und Baukostenzuschüsse kommt. Dabei sollte auf den Standardfall eines Netzanschlusses eines Haushaltskunden (EFH) mit einer Verlegung eines 15 m langen Einzelverbindungskabels und ohne Erbringung von Eigenleistungen des Kunden abgestellt werden. Als Orientierungswerte wurden die aktuellen Preise mitgeteilt. Auch insoweit stellte die Beklagte klar, dass ihr bewusst sei, dass „zumindest ab dem Jahr 2024“ allenfalls eine ungesicherte Prognose dargestellt werden könne.

71 2. Die Rüge der Klägerin entspricht u.U. schon nicht den inhaltlichen Anforderungen an eine Rüge, weil sie überwiegend auf Spekulationen beruht und keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte für eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise der Beklagten benannt. Dies kann offenbleiben, weil der Vorwurf jedenfalls sachlich nicht gerechtfertigt ist.

72 a) Die Altkonzessionärin hat, wie der Klägerin aus der Anlage VB 6 der diesbezügliche Inhalt des Netzbetriebskonzepts der Altkonzessionärin (S. 136 bis 138 Netzbetriebskonzept) bekannt geworden ist, für die Jahre 2022 und 2023 konkrete Kosten bzw. Preise angegeben, indem sie auf die Beibehaltung der aktuellen Preise Bezug genommen hat. Für die Zeit ab 2024 waren konkrete Preisangaben nicht gefordert, so dass auch die Aussage zur Beibehaltung des aktuellen Preisniveaus eine hinreichend bestimmte Angabe enthielt.

73 b) Soweit die Beklagte im Auswertungsvermerk formuliert hat, dass diese Preise durch die nachfolgend aufgezählten konkreten Maßnahmen plausibel „scheinen“, werden damit keine verbleibenden oder gar durchgreifenden Zweifel angezeigt, sondern es handelt sich lediglich um eine sprachliche Verdeutlichung des Umstandes, dass hier Prognosen bewertet werden, denen eine gewisse Unsicherheit immanent ist.

A. 3. b Einhaltung von Kundenservicestandards

4. Anstrich: Bereitstellung Telefon- und Internetservice ...

im Hinblick auf eine verbraucherfreundliche Versorgung

Schlechter-Bewertung des Angebots der Klägerin mit 2,25 von 3 Punkten gegenüber der Punktzahl von 2,625 Punkten für die Altkonzessionärin

74 Die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

75 1. Die Beklagte bezog ihre Abfrage zur Bereitstellung von Telefon- und Internetservice auf zwei konkret benannte Themenbereiche: Zählerstandsmitteilung sowie An- und Abmeldung von Netzanschlüssen. Aus der Bekanntgabe des Kriteriums und insbesondere aus den Erläuterungen hierzu auf Fragen der Bieter ergab sich, dass es insoweit nicht allein um einen Beratungsservice

ging, sondern um die Möglichkeit, sowohl die Mitteilung des Zählerstandes als auch die Anmeldung bzw. die Abmeldung eines Anschlusses telefonisch bzw. via Internet vornehmen zu können. Unwidersprochen wurden die Anforderungen dieses Auswahlkriteriums auch in den Vertragsverhandlungen thematisiert. Dass die Klägerin dieses Anforderungsprofil zutreffend verstanden hat, ergibt sich auch aus ihrem Netzbetriebskonzept (S. 131).

- 76** 2. Hinsichtlich der Bewertung des Angebots der Klägerin hat die Beklagte zutreffend ermittelt, dass die Anforderungen nur teilweise erfüllt wurden.
- 77** a) Das Netzbetriebskonzept sah lediglich Zählerstandsmittelungen über beide vorgenannte Kommunikationswege vor, weswegen nur insoweit die Höchstpunktzahl von 2 Punkten gerechtfertigt war.
- 78** b) Hinsichtlich der An- und der Abmeldung von Netzanschlüssen eröffnete die Klägerin lediglich einen Kommunikationsweg über das Internet, während sich das telefonische Angebot auf Beratungsleistungen beschränkte. Insoweit war es angemessen, dass die Beklagte nur einen von 2 Punkten hierfür vergab. Der Bindung der Beklagten an diese von ihr vorgegebene Bewertung steht die Vorschrift des § 25 Abs. 3 Niederspannungsverordnung (NAV) nicht entgegen, wonach eine Kündigung des Vertragsverhältnisses nur in Textform wirksam ist. Der Bewertung sollten reine Informationserklärungen zugrunde gelegt werden, nicht die u.U. notwendigen Willenserklärungen. Im Übrigen hat die Beklagte in ihrem Nichtabhilfeschreiben vom 09.03.2023 zu Recht darauf verwiesen, dass die Klägerin mit einer Rüge der Auswahl und Formulierung der Kriterien im erreichten Verfahrensstadium nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG präkludiert wäre.
- 79** c) Da die Klägerin damit durchschnittlich nur 1,5 Punkte ($2 + 1 \text{ /. } 2$) erreichte, ergab sich unter Anwendung des Gewichtungsfaktors 1,5 die Gesamtpunktzahl von 2.25.
- 80** 3. Hinsichtlich des Angebots der Altkonzessionärin hat die Beklagte zutreffend die Bereitstellung beider Kommunikationswege für Zählerstandsmittelungen (2 Punkte) und für die Anmeldung von Netzanschlüssen und die Beschränkung der Abmeldung von Netzanschlüssen auf eine Kommunikation im Internet festgestellt. Das sie hierfür insgesamt 1,75 Punkte ($2 + 1,5 \text{ /. } 2$) erteilte, woraus sich unter Anwendung des Gewichtungsfaktors 1,5 eine Gesamtpunktzahl von 2,625 ergab, ist nicht zu beanstanden. Dem steht nicht entgegen, dass die Altkonzessionärin bisher laut Internetauftritt etwas anderes anbietet, denn das Netzbetriebskonzept bezieht sich nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Zukunft. Der Inhalt des – insoweit vom aktuellen Niveau der Bereitstellung von Kommunikationskanälen abweichenden – Netzbetriebskonzepts ist der Klägerin durch die Anlage VB 8 (S. 182) bekannt gegeben worden.

Zusammenfassung

- 81** Insgesamt bleiben die Rügen der Klägerin ohne Einfluss auf die Bieterreihenfolge.
- C.
- 82** I. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
- 83** II. Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 und 713 sowie 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.
- 84** III. Die Festsetzung des Streitwerts für die Gebührenberechnung (Kostenwert) in beiden Instanzen folgt aus §§ 63 Abs. 2 i.V.m. 39 Abs. 1, 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG und § 3 ZPO.

Zitiervorschlag:

OLG Naumburg Urt. v. 15.12.2023 – 6 U 5/23 (EnWG), BeckRS 2023, 51064

[© Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)